Vergleichende Darstellung des § 1345 B. G. B. mit der gemeinrechtlichen Putativehe.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Juristen-Fakultät der Universität Rostock i. M.

vorgelegt von

Th. Laymann
Referendar
aus Attendorn i. Westf.

Bonn 1909
Buchdruckerei Seb. Foppen, Bonn a. Rhein.

Referent: Herr Professor Dr. Matthiash.

Meiner lieben Mutter und dem
Andenken meines Vaters.

Literaturverzeichnis.

1) Buhl: Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Ehe nach dem bürgerl. Gesetzbuch in der Festgabe für J. Becker, Berlin 1899.

2) Bartels: Ehe und Verlöbnis, Hannover 1871.

3) v. Blume: Kommentar zum bürgel. Gesetzbuch, Familienrecht, Berlin 1906.

4) de Boor: Die Rechtsfolgen einer materiell nichtigen Ehe. Leipzig 1905.

5) Crome: System d. deutsch. bürgerl. Rechts, IV. Bd. Tübingen, 1908.

6) Crohne: Nichtigkeit und Anfechtbarkeit einer Ehe, Berlin 1907.

7) Cosack: Lehrbuch des bürgerl. Rechts Bd. II., Jena 1904.

8) Dernburg: Lehrbuch des preuss. Privatrechts u. der Privatrechtsnormen des Reiches. Bd. III. Halle 1896.

9) „ : Das bürgerl. Recht d. deutsch. Reichs und Preussens IV. Bd. Halle 1903 und 1907.

10) „ : Pandekten I. und II. 1 d. Berlin 1901 u. 1902.

11) Endemann: Lehrbuch des bürgerl. Rechts II. Bd. Berlin 1908.

12) Erler: Ehescheidungsrecht und Ehescheidungsprozess einschliesslich der Nichtigkeitserklärung d. Ehe. II. Aufl. Berlin 1900.

13) Eck: Vorträge über das Recht des bürgerl. Gesetzbuchs II. Bd. Berlin 1904.

14) Enneccerus-Lehmann: Das bürgerl. Recht 2 Aufl. Marburg 1901.

15) Fischer: Die Ungültigkeit der Ehe u. ihre Folgen insbes. bei Formmängeln, Separatabdruck aus Iherings Jahrbüchern für Dogmatik Bd. 29. N.F. 17. Jena 1890.

16) Foerster: Preuss. Privatrecht III. Bd. Berlin 1870.

17) Glücks: Erläuterungen der Pandekten. Bd. VII. Erlangen 1825.

18) Gruchot: Beiträge zur Erläuterung des Deutsch. Rechts Bd. 25.

19) Hachenburg: Das bürgerl. Gesetzb. für d. deutsch. Reich, Vorträge, Mannheim 1900.

20) v. Hartitzsch: Handbuch des Eherechts, Leipzig 1828.

21) Hollweck: Zivilrecht, Mainz, 1900.

22) Hinschius: Das Kirchenrecht d. Kath. u. Prot. I. Bd. Berlin

23) Haidlen: Bürgerliches Gesetzbuch Bd. III, Stuttgart 1897.

24) Hellwig: Wesen und subjekt. Begrenzung der Rechtskraft, Leipzig 1901.

25) Hertius: De matrimonio putativo, Halae 1747.

26) Jacobi: Das persönl. Eherecht des bürgl. Gesetzbuchs für d. deutsche Reich, Berlin 1899.

27) Koch: Allgem. Landrecht für d. preuss. Staaten IV. Bd. Berlin und Leipzig 1883.

28) Juristische Wochenschrift, 36. Jahrg. No. 22, Berlin 1907.

29) Kohler: Das Eherecht des bürgl. Gesetzbuchs einschliesslich des ehelichen Güterrechts, Stuttgart 1898.

30) Königsberger: Die rechtliche Stellung des schuldigen Ehegatten nach der Scheidung. Greifswald 1903.

31) Kipp bei Windscheid: Pandektenrecht II. Bd. Frankfurt 1900.

32) Kuhlenbeck: Das bürgerl. Gesetzbuch II. Bd. Berlin 1900.

33) Lehmann: Eine Einführung in d. Recht. d. bürgerrl. Gesetzbuchs von Enneccerus und Lehmann II.Bd. Marburg 1899.

34) Leske: Vergleichende Darstellung des bürgl. Gesetzbuchs u. d. preuss. allg. Landrechts für d. Deutsch. Reich. II. Hälfte, Berlin 1903.

35) Landé: Bürgl. Gesetzb. Berlin 1896.

36) Matthiash: Lehrbuch d. bürgl. Rechts, II. Bd. Berlin 1900.

37) Motive zu dem Entwurf eines bürgerl. Gesetzb. für das deutsche Reich IV. Bd., Berlin und Leipzig 1888.

38) Mitteis: Zwei Fragen aus d. bürgl. Recht, Leipzig 1905.

39) Mayer u. Reis: Lehrbuch d. Familien- und Erbrechts, Stuttgart, 1900.

40) Neumann :: Handausgabe d. bürgl. Gesetzb. II. Bd., Berlin 1905.

41) Opet: Kommentar zum Eherecht, Berlin 1904.

42) Protokolle der Kommission für d. 2. Lesung des bürgerl. Gesetzbuchs, IV. Bd. Berlin 1897.

43) Philler: Die Rechttstellung d. Kinder aus nichtigen Ehen, Berlin 1906.

44) Planck: Bürgl. Gesetzb. nebst Einführungsgesetz Bd. II. und IV., Berlin 1904 und 1906.

45) Philipp's: Lehrb. d. Kirchenrechts Abt. II. Regensburg 1848.

46) Rocholl: Das Eherecht d. bürgerl. Gesetzb. nebst preuss. Einführungsgesetz, Berlin 1900.

47) Recht das, IX. Jahrg. No. 22, Hannover und Leipzig 1905.
48) Rehbein: Komment. zum bürgl. Gesetzb. II. Bd. Berlin 1903.
49) Richter-Dove: Lehrbuch d. kath. und evangl. Kirchenrechts 8. Aufl. Leipzig 1886.
50) v. Staudinger's: Komment. zum bürgl. Gesetzb. u. d. Einführungsgesetz IV. Bd., München 1907.
51) Schmidt: Komment. zum bürgl. Gesetzb. IV. Bd. München 1907.
52) Seuffert: Blätter für Rechtsanwendung 72. Jahrg. No. 13, 14, 15.
53) Seuffert: Archiv für Entscheidungen d. obersten Gerichte Bd. 25.
54) Scherer: Familienrecht d. bürgl. Gesetzb. Erlangen 1900.
55) Schollmeyer: Recht d. Schuldverhältnisse, allg. Teil, München 1900.
56) v. Scheurl: Das gemeine deutsche Eherecht.
57) Sohm: Institutionen d., röm. Rechts, Leipzig 1903.
58) Thiesing: Die Wirkungen nichtiger Ehen, München 1907.
59) Uhrig: System des Eherechts, Dilingen 1854.
60) Wieruszowski: Handbuch d. Eherechts II. Teil, Düsseldorf 1903.

Disposition.

Einleitung.

§ 1. Begriff der Putativehe.

§ 2. Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Ehe.

§ 3. Die Voraussetzungen der Putativehe:

1) im römischen, kanonischen und gemeinen Recht,

2) im heutigen Recht.

a) in materieller,

b) in formeller Hinsicht.

§ 4. Der Zeitpunkt für die bona fides

1) im gemeinen,

2) im heutigen Recht.

§ 5. Die Beweislast:

1) im gemeinen,

2) im heutigen Recht.

§ 6. Die Rechtswirkungen vor Beendigung der Ehe:

1) im gemeinen,

2) im heutigen Recht .

§ 7. Die Rechtswirkungen nach Beendigung der Ehe:

1) im gemeinen,

2) im heutigen Recht.

§ 8. Der § 1345 B.G.B. im Verhältnis zum § 1346 B.G.B.

Einleitung.

„War dem einen Ehegatten die Nichtigkeit der Ehe bei der Eheschliessung bekannt, so kann der andere Ehegatte, sofern nicht auch ihm die Nichtigkeit bekannt war, nach der Nichtigkeitserklärung oder Auflösung der Ehe verlangen, dass ihr Verhältnis in vermögensrechtlicher Beziehung, insbesondere auch in Ansehung der Unterhaltspflicht so behandelt wird, wie wenn die Ehe zur Zeit der Nichtigkeitserklärung oder der Auflösung geschieden, und der Ehegatte, dem die Nichtigkeit bekannt war, für allein schuldig erklärt worden wäre.

Diese Vorschrift findet keine Anwendung, wenn die Nichtigkeit auf einem Formmangel beruht und die Ehe nicht in das Heiratsregister eingetragen worden ist," (§ 1345 B.G.B.).

Bei der Erläuterung dieses Paragraphen ist in der Literatur vielfach von der Putativehe die Rede. Offenbar geschieht dieses in Anlehnung an das gemeinrechtliche Institut der Putativehe .Obschon nun das bürgerliche Gesetzbuch dieses Rechtsgebilde nicht aufgenommen hat, so findet sich dennoch der Begriff der Putativehe, wenn auch in beschränkter und veränderter Form, im § 1345 B.G.B wieder.

§ 1.

Begriff der Putativehe.

Ganz allgemein stimmen der § 1345 B.G.B und die gemeinrechtliche Putativehe darin überein, dass sie eine

nichtige Ehe um des guten Glaubens willen mit Wirkungen ausstatten, wie sie an sich nur eine gültige Ehe hervorzubringen vermag.

Dass begrifflich überhaupt eine Ehe vorliegen muss, ist selbstverständlich, wie dieses auch die Motive[1]) aussprechen. Nach ihnen muss ein Verhältnis in Frage stehen, welches nach dem natürlichen Begriff der Ehe überhaupt eine solche sein kann. Es würde bei Personen desselben Geschlechts, falls ihnen der gesetzliche Eheschliessungsakt gelänge, an der begrifflichen Voraussezzung der Ehe fehlen.

Es werden also vorausgesetzt die Tatbestandsmerkmale einer „nichtigen" Ehe, nicht etwa die einer „Nichtehe", was ein rechtliches „Nichts" bedeuten würde. Nach aussen hin muss also wenigstens ein eheähnliches Verhältnis in die Erscheinung treten, das entweder durch die Beobachtung der vorgeschriebenen Form, oder durch das tatsächliche Verhältnis hervorgerufen wird. Solchen Geschlechtsgemeinschaften, die nicht einmal in tatsächlicher Beziehung ein eheähnliches Verhältnis darstellen, sollen rechtliche Wirkungen einer Ehe niemals zukommen. Diese Verbindungen charakterisieren sich dadurch, dass den Beteiligten der „consensus matrimonialis" fehlt, ihnen sind prinzipiell alle Rechtswirkungen zu versagen.

Während nun die Form ein für allemal durch das Gesetz festgelegt ist, kann das tatsächliche Verhältnis ein überaus verschiedenes sein; immerhin muss aber der Wille der Nupturienten, eine Ehe im Rechtssinne eingehen zu wollen, klar ersichtlich sein.

Fehlt es an einem dieser beiden Erfordernisse, so ist keine vollgültige Ehe zur Entstehung gekommen. Ein solches Verhältnis zwischen Mann und Weib ähnelt nur einer wirklichen Ehe.

[1]) Mot. Bd. IV. S. 48.

Würde es jedoch trotz aller materiellen Voraussetzungen und trotz des Willens der Nupturienten, eine rechtsgültige Ehe schliessen zu wollen, an der vorgeschriebenen Form mangeln, so läge ein Konkubinat vor, der ebenfalls einem rechtlichen „Nichts" gleichzuachten wäre.

Im[2]) Gegensatz zur Nichtehe umfasst also eine nichtige Ehe die Tatbestandsmerkmale einer gültigen Ehe, jedoch mit dem einzigen Unterschied, dass die rechtliche Existenz der nichtigen Ehe infolge Mangelhaftigkeit der Eheschliessung erschüttert ist.

§ 2.

Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Ehe.

Unter der vom bürgerlichen Gesetzbuch gebrauchten Bezeichnung „Nichtigkeit" ist der allgemeine Begriff zu verstehen, der sowohl Nichtigkeit im engeren Sinne, wie Anfechtbarkeit umfasst. Das bürgerliche Gesetzbuch hat demnach anders wie das gemeine Recht den Begriff der Anfechtbarkeit auch auf die Ehe angewandt. Der Unterschied liegt jedoch nur in der Konstruktion, während der Erfolg der gleiche bleibt. Denn wie im heutigen Recht nur der Ehegatte selbst die Anfechtbarkeit der Ehe betreiben kann, so konnten auch im gemeinen Recht solche Nichtigkeitsgründe, die rein privater Natur waren, ohne den Willen des betroffenen Gatten nicht zur Vernichtung der Ehe verwandt werden. Machte also der berechtigte Gatte solche private Ehehindernisse geltend, so hatte dieses, ebenso wie heute, auch im gemeinen Recht das gleiche Ergebnis, nämlich die Nichtigkeit der Ehe. Nach dem bürgerlichen Gesetzbuch vernichtet jedoch die wirksam erfolgte Anfechtung die an sich gül-

[2]) Thiesing S. 69.

tige Ehe, während nach gemeinem Recht die Geltendmachung eines privaten Ehehindernisses die an sich schon vorhandene, aber sonst nicht zu berücksichtigende Nichtigkeit der Ehe bedeutete.[3])

Der Grund für beide Unterscheidungen in Nichtigkeit und Anfechtbarkeit ist also ebenso wie bei den nichtigen und anfechtbaren Rechtsgeschäften in dem stärkeren oder schwächeren Grade der Mangelhaftigkeit zu suchen. Der Erfolg ist jedoch im Falle der Geltendmachung für beide Mängel der gleiche; denn es gelten für ein angefochtenes Geschäft alle Konsequenzen des Nichtigkeitsprinzips, und zwar infolge Rückwirkung auch für die Zeit vor erfolgter Anfechtung. Kraft der Rückwirkung wird es so angesehen, als ob sich der rechtliche Zustand überhaupt nicht verändert habe. Ein anfechtbares Geschäft ist jedoch nicht von vornherein unwirksam, wie das nichtige. Erst wenn durch die Anfechtung das Geschäft dem ursprünglich nichtigen gleich geworden ist, fällt es wie dieses unter die Unwirksamkeit im weiteren Sinne. So ist z.B. „ein anfechtbares, aber nicht angefochtenes Versprechen einer Leistung nicht unwirksam im Sinne des § 344 B.G.B., so dass die Vereinbarung einer Vertragsstrafe wirksam ist."[4])

Gemäss § 1343 Abs. 1. erstreckt sich die Anwendung des § 1345 in gleicher Weise wie auf die nichtigen, so auch auf die anfechtbaren und angefochtenen Ehen. Die Motive[5]) lassen es allerdings als widerspruchsvoll erscheinen, wenn der anfechtungsberechtigte Gatte die Beseitigung der Ehe durchsetzt, während er sie in vermögensrechtlicher Beziehung aufrecht erhalten will. Die auf

[3]) Thiesing S. 20.
[4]) A. M. Hachenburg S. 133.
[5]) Mot. Bd. IV. S. 102.

Grund der Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit für nichtig erklärten Ehen haben jedoch rechtlich dieselbe Bedeutung; deshalb erscheint auch die Inanspruchnahme des § 1345 für die angefochtene Ehe nicht widerspruchsvoller, als für die nichtige. Ausserdem bekundet die Anfechtungshandlung des berechtigten Gatten keineswegs die Absicht, auch die etwa entstehenden Vermögensnachteile auf sich zu nehmen. Gerade in Unabhängigkeit von der Gültigkeit der Ehe und trotz ihrer Nichtigkeit will der § 1345 B.G.B. um der bona fides willen einen Rechtsschutz gewähren.[6])

Vom rein juristischen Standpunkt betrachtet ist der Eheschliessungsakt von jedem gewöhnlichen Rechtsgeschäft nicht zu unterscheiden. Es müssten somit auch die allgemeinen Vorschriften über Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Ehe Platz greifen. Aber sowohl das gemeine Recht, wie das bürgerliche Gesetzbuch haben die nichtigen Ehen besonders behandelt. Die Sonderbestimmungen für die Behandlung nichtiger Ehen sind im bürgerlichen Gesetzbuch jedoch so erschöpfend, dass daneben für die allgemeinen Grundsätze nur wenig Raum bleibt.[7])

Der innere Grund dieser Abwweichung liegt im Wesen der Ehe selbst. Die Ehe ist ein Institut von vorwiegend sittlichem Charakter; sie bildet die Grundlage der Familie und des Staates. Es liegt somit auch im öffentlichen Interesse, die Regelung über die Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Ehe der freien Verfügung der Beteiligten zu entziehen. Es würde zu unhaltbaren Zuständen führen, wollten die Ehegatten auf Grund der Nichtigkeit der Ehe einfach auseinandergehen. Das Institut der Ehe würde wegen Fehlens der inneren Festigkeit äusserst gefährdet sein, und ebenso würde darunter

[6]) Thiesing S. 180.
[7]) vgl. Mot. IV. S. 44.

die äussere Ordnung und Sicherheit des Rechtsverkehrs, insbesondere auch die allgemeine Sittlichkeit zu leiden haben. Daher hat der Gesetzgeber bestimmt, dass die Entscheidung über die Nichtigkeit einer Ehe nicht der privaten Willkür der Ehegatten preisgegeben sein, sondern nur durch Richterspruch erfolgen solle. (§ 1329 B.G.B.)

Die Unterscheidung zwischen Nichtigkeits- und Anfechtungsklage beruht auf demselben Gesichtspunkte, wie die Einteilung in öffentliche und private Ehehindernisse.

Bei der Nichtigkeitsklage muss nämlich der Staat von amtswegen das öffentliche Interesse berücksichtigen während es bei der anfechtbaren Ehe der verantwortlichen Entscheidung des anfechtungsberechtigten Ehegatten anheimgestellt wird, ob die Ehe als eine von Anfang an gültige oder nichtige gelten soll. Auch hier ist für die Nichtigkeit und Anfechtbarkeit wie bei andern Rechtsgeschäften der Effekt der gleiche: infolge der Nichtigkeitserklärung gilt die Ehe von Anfang an als nichtig.

Schon das kanonische[8]) Recht stand auf dem Standpunkt der Sonderbehandlung der Ehenichtigkeit, indem es eine annullatio matrimonii im sogenannten Vinkular- oder Nichtigkeitsprozess verlangte. Eine eigenmächtige Trennung der Ehe war nicht gestattet.

[8]) C. 3 X de divort. IV 19; Phillips, Lehrbuch des Kirchenrechts Abt. II § 297; Richter-Dove, Lehrbuch des Kirchenrechts § 285; v. Scheurl, d. gem. deutsch. Eherecht § 68; Siehe bei Uhrig, System S. 781 ff: „die beiden Gesetze sind

a) die Klementine „Saepe contingit cp. 2. de verborum significatione (V. 11) und

b) die Bulle des Papstes Benedict XIV „De miseratione" vom 3. Nov. 1741. In der Bulle wurden noch besondere Eheverteidiger, „quae matrimoniorum defensor nominabitur" aufgestellt, welche eine ähnliche Stellung einnahmen, wie heute der Staatsanwalt. Es wurde die Klage, je nachdem ein trennendes oder aufschiebendes Ehehindernis vorlag, entweder von amtswegen, oder nur auf Betreiben des in die Ehe nicht willigenden Eheteils erhoben. vgl. auch Hartitzsch Eherecht § 33 S. 3.

Die neueren Partikularrechte[9]) haben ebenfalls die Beseitigung nichtiger Ehen an ein auf Grund einer besonderen Klage ergehendes Urteil geknüpft.

Wenn nun eine solche nichtige Ehe zunächst noch die Wirkungen einer gültigen Ehe hervorbringt, so geschieht dieses hauptsächlich im Interesse der Beteiligten selbst, nämlich um der Ehegatten, der Kinder und gutgläubiger Dritter willen. Natürlich wird dabei auch dem öffentlichen Interesse Rechnung getragen. Mit Recht sagt Fischer[10]), dass die tatsächlich vorhandenen Wirkungen der nichtigen Ehe anderer Art sind, als die aus sonstigen nichtigen Geschäften etwa schon entstandenen Folgen. Denn bei diesen lägen die nachteiligen Folgen im wirtschaftlichen Effekt, die mit dem Bereicherungs- oder Schadensersatzanspruch befriedigend beseitigt würden, bei der Ehe dagegen sei dieses nur hinsichtlich der vermögensrechtlichen Wirkungen möglich. Zeige es sich z.B., dass die eheliche Gemeinschaft keine Ehe gewesen sei, so hätten die Eltern im ausserehelichen Geschlechtsverkehr gestanden, und ihre Kinder seien unehelich.

Dieses Ergebnis würde jedoch zu grossen Härten führen, besonders wenn die Ehegatten an der Ehenichtigkeit unschuldig sind. Es fragt sich nun, welchen Weg der Gesetzgeber für den Fall der Schuldlosigkeit der Beteiligten eingeschlagen hat, um die schwerwiegenden Folgen der Ehenichtigkeit, die hauptsächlich persönlicher und sittlicher Natur sind, zu mildern, ohne dabei das Institut der Ehe selbst anzutasten.

---

[9]) Allg. L. R. II, 1 § § 950 ff; Ges. v. 28. Juni 1844 § 5; code civil art. 186 ff; sächs. B. G. B. § § 1620 ff.

[10]) Ueber die Erfordernisse einer Putativehe und die Anwendbarkeit dieses Instituts auf den Fall einer wegen Mängel in der durch das Reichsgesetz vom 6. Febr. 1875 vorgeschriebenen Form ungültigen Ehe in Gruch. Beitr. Bd. 25, S. 82.

Die Frage soll jedoch nur insoweit erörtert werden, als die Erörterung für die Anwendung und Voraussetzung des § 1345 B.G.B. und im Vergleich zur gemeinrechtlichen Putativehe notwendig wird.

Die bisherigen[11]) Rechte nehmen hierzu einen verschiedenen Standpunkt ein. Das gemeine Recht, das kanonische Recht und die Mehrzahl der neueren Gesetzgebungen glaubten daran festhalten zu müssen, dass wenigstens ein Gatte bei der Eheschliessung bezüglich des Ehehindernisses gutgläubig sein musste.

Sie liessen bei gutem Glauben beider Ehegatten für beide und bei gutem Glauben eines Ehegatten nur für diesen die rechtlichen Wirkungen einer gültigen Ehe eintreten.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat in dieser Frage einen vermittelnden Standpunkt eingenommen.

§ 3.

Die Voraussetzungen der Putativehe.

Es fragt sich zunächst, welche Voraussetzungen vorliegen müssen, um die Anerkennung einer nichtigen Ehe als Putativehe zu ermöglichen. Alle Rechte, in denen die Putativehe bekannt ist, heben hervor, dass die nichtige

---

[11]) In Anlehnung an das gemeine Recht findet die Wirkung der Putativehe auf den gutgläubigen Elternteil und die Kinder schlechtweg Anwendung: im französ. Recht, code civil art 201, 202; im sächsisch. Recht § § 1628, 1771, 1782, 1809, 1843, 2039, 2054 S. B. G. B; im bayrischen Landrecht Teil I, kap. 3 § 2; Tl. I kap. 6, § 44.

Nach preuss. allg. Landrecht a) bleiben alle nichtigen Ehen mit Ausnahme von § 946 nichtig. Den Kindern ist es jedoch besonders günstig gewesen. Es löst die eheliche Stellung der Kinder von jeder Voraussetzung los, es macht sie vollständig unabhängig von dem guten oder schlechten Glauben der Eltern Tit. 2 § 50.

a) Dernburg, Preuss. Privatrecht Bd. III, § 72; Koch Allg. Landrecht Bd. III, S. 319; A. L. R. Teil II, Tit. 1, § § 933 ff; Tit. 2, § § 50—57.

Ehe bei ihrer Eingehung wenigstens von einem Gatten für gültig gehalten werden musste, d.h. die Gutgläubigkeit eines Ehegatten wird bezüglich des Nichtigkeits- resp. Anfechtungsgrundes vorausgesetzt.

Im römischen Recht.

Schon im römischen Recht begegnen wir der Bestimmung, dass nichtige Ehen unter gewissen Voraussetzungen mit allen oder einigen Rechtswirkungen einer vollgültigen Ehe ausgestattet sein sollten. Gaius[12]) und Ulpian[13]) fordern, dass die Kinder aus einer Ehe mit einem römischen Bürger und einer nicht des jus connubii teilhaftigen Frau als ehelich gelten sollten unter der Voraussetzung, dass der römische Bürger in Unkenntnis dieses Nichtigkeitsgrundes zur Ehe geschritten wäre. Auch in den Digesten[14]) findet sich eine ähnliche Vorschrift zu Gunsten der Kinder, falls die Ehe wegen Verwandtschaft der Eltern nichtig und die Frau hierüber im Irrtum war. Alle diese zitierten Stellen enthalten jedoch nur Schutzvorschriften für die Kinder. Ueber die vermögensrechtlichen Beziehungen der Ehegatten findet sich eine Stelle bei Ulpian[15]), in welcher der Ehefrau, die sich mit einem für einen Freien gehaltenen Sklaven verheiratet hat, das Dotalprivilegium zugesprochen wird. Der analogen Anwendung auf den Mann wird jedoch von Ulpian widersprochen. Die Putativehe hat also im römischen Recht noch keine feste Position gewonnen, denn die nichtige Ehe bringt, sobald sie schutzbedürftig erscheint, nur einzelne Wirkungen einer gültigen Ehe hervor. Aber soweit die Putativehe im römischen Recht überhaupt in Frage kommt, ist zu ihrer Voraussetzung erfor-

[12]) Gaii inst. I. 67 ff.
[13]) Ulpian Fragm. VII, 4.
[14]) l. 57 § 1 D. de ritu nupt. 23,2.
[15]) l. 22 § 13 D. sol. matr. 24,3.

derlich, dass bei der Eheschliessung wenigstens ein Ehegatte bezüglich des Nichtigkeitsgrundes im guten Glauben gewesen ist.

Im kanonischen und gemeinen Recht.

Erst das kanonische und gemeine Recht haben das Institut der Putativehe vollends zur Geltung und Ausbildung gebracht und ihr alle Wirkungen einer gültigen Ehe zugesprochen. Nicht das römische, wohl aber das kanonische Recht hat zu dieser Entwicklung der Putativehe Veranlassung gegeben. Das kanonische Recht hebt zwar den guten Glauben der Ehegatten nicht ausdrücklich hervor, dieser wird aber präsumiert, indem alle Stellen ausdrücklich betonen, dass die Kinder unter den Folgen der Ungültigkeitserklärung nicht leiden dürfen, wenn die Eltern öffentlich und ohne Widerspruch der Kirche — publice et sine contradictione ecclesiae — die Ehe geschlossen haben[16]). Bei kirchlicher Erlaubnis ist aber die Präsumption gerechtfertigt, dass den Eltern der Nichtigkeitsgrund unbekannt gewesen ist. Dazu kommt noch, dass im vierten Laterankonzil[17]) verordnet ist, dass die Kinder unehelich sind, wenn beide Elternteile Kenntnis von dem bestehenden Ehehindernis hatten, mögen sie auch praeter omne interdictum etiam in conspectu ecclesiae die Ehe geschlossen haben. Alle diese oben angeführten Kapitel enthalten jedoch nur Schutzvorschriften zu Gunsten der Kinder. Dass aber für die Kinder in jeder Beziehung alle Wirkungen einer gültigen Ehe eintreten sollen, ist nach kanonischer Anschauung nicht zu verkennen.[18])

[16]) Cap 2, 8, 14, 15 X qui filii sunt legitimi IV, 17.

[17]) Cap. 3 X. de claudestina desponsatione IV, 3. „Das Trienter Konzil hat dieses Verkündigungsgesetz aufs Neue eingeschärft und zugleich die Art und Weise näher bezeichnet, wo, wann und wie die fraglichen Ausrufungen vorgenommen werden sollen." (Tridentinum, sessio 24. cap. 1. de reform. matrim.)

[18]) Thiesing S. 35. ff.

Wenn die Ehelichkeit der Kinder meistens unter Hervorhebung ihres Erbrechts am väterlichen Nachlass betont wird, so hat das seinen Grund darin, weil gerade dieses Recht den Kindern von anderen Erbberechtigten am meisten abgesprochen wurde. Es sollte diese Hervorhebung keineswegs eine Beschränkung ihrer Legitimität bedeuten, denn diese galt als Voraussetzung für das Erbrecht, wie das auch ganz allgemein und ohne Bezugnahme auf das Erbrecht ausgesprochen wird.[18]). Ausserdem wird neben der Erbberechtigung auch der Unterhaltsanspruch[19]) erwähnt und schliesslich als Grundsatz für die Legitimität betont, dass den Kindern durch die Nichtigkeit der Ehe kein Nachteil erwachsen dürfe[20]). Auch noch daraus ergibt sich die Stellung der Kinder aus einer Putativehe, als legitimer, dass den aus einer solchen Ehe entsprossenen Kindern die irregularitas ex defectu natalium nicht anhaftet ;sie sind also fähig, eine kirchliche Weihe zu empfangen[21]), Die spätere Rechtsentwicklung und vorwiegend die herrschende Meinung haben denn auch die Kinder aus einer Putativehe in jeder Beziehung den ehelichen gleichgeachtet.

Die von Hertius[22]) aufgestellte Regel, welche die Schutzwürdigkeit des guten Glaubens betont, ist jedoch in gleicher Weise auf die gutgläubigen Ehegatten wie auf die Kinder anzuwenden. Denn die Gutgläubigkeit kann ebenso gut auf Seiten der Ehegatten als auf Seiten der Kinder liegen. Mit Recht hebt Thiesing[23]) her-

18*) cap. 14.
19) cap. 2.
20) cap. 2.
21) Hinschius, Kirchenrecht I. Bd. S. 11 ff.
22) Hertius, de matr. put. § 21: „quae communi jure insunt nuptiis veris, etiam putativis, saltem bona fide utentem quod attinet, inesse censentur."
23) Thiesing S. 35 ff; ebenso Bartels S. 289 unter Berufung auf C. 1. 2. 3 X de donat. i. vir. et uxor. 4,20 wo es heisst: „Befanden sich beide Teile oder doch wenigstens ein Teil in dem

vor, dass die Rücksichtnahme auf die gutgläubigen Ehegatten dem Sinn und Geist der Quellenentscheidungen, wie auch der ganzen Anschauung des kanonischen Rechts und der Auffassung der Ehe als einer causa favorabilis entspreche, wenn dieses auch nicht ausdrücklich hervorgehoben werde. Die Weiterbildung des Rechts habe sich unzweideutig in dem gedachten Sinne vollzogen.

Somit ergibt sich die Schlussfolgerung, dass die nichtige Ehe auch im Verhältnis der Ehegatten zu einander bei beiderseitiger Gutgläubigkeit für beide Teile, bei Gutgläubigkeit eines Ehegatten dagegen nur für diesen alle Wirkungen einer gültigen Ehe hervorbringt.[24])

Im heutigen Recht.

Die Putativehe findet sich im bürgerlichen Gesetzbuch nicht in so allgemein gültiger Weise wieder, sie taucht an verschiedenen Stellen und im beschränkten Masse auf. Zunächst weicht das bürgerliche Gesetzbuch in den Wirkungen nichtiger Ehen für die Kinder von dem Grundprinzip der Nichtigkeit ab und trifft in einem besonderen Titel eine mit dem Grundgedanken der Putativehe dem Wesen nach übereinstimmende Regelung.

Eine vollkommene Abweichung vom gemeinen Recht zeigt sich vor allem im Verhältnis der Ehegatten zueinander. Hier treten grundsätzlich die Wirkungen der Nichtigkeit ein. Nur in vermögensrechtlicher Beziehung schafft der § 1345 eine Regelung nach Wahl des Berechtigten in ähnlicher Weise, wie bei der Putativehe des gemeinen Rechts. Auch der § 1345 verlangt zu seiner Voraussetzung das Vorhandensein der bona fides; doch zeigt sich in dem Umfang der Gutgläubigkeit selbst wie-

---

guten Glauben, dass kein Ehehindernis obwalte, so hat das matrimonium als putativum für beide Gatten bezw. für den gutgläubigen Teil alle Wirkungen einer rechtsgültigen Ehe, namentlich auch in Bezug auf das Vermögen," ebenso Philler S. 11.

24) Thiesing S. 36.

der eine Abweichung von der Gutgläubigkeit, die bei der gemeinrechtlichen Putativehe massgebend ist. Während das gemeine Recht auch bei beiderseitiger Gutgläubigkeit rechtsgültige Ehewirkungen annimmt, treten diese im § 1345 B. G. B. nur ein, wenn bei der Eheschliessung der eine Ehegatte gutgläubig und der andere bösgläubig war. Im Falle beiderseitiger Gutgläubigkeit bleibt es bei den regelmässigen Folgen der Nichtigkeit, ohne die Möglichkeit einer Milderung. Die Frage[25]), warum nicht bei beiderseitiger Gutgläubigkeit die Wirkungen der Putativehe eintreten sollen, ist bereits im ersten Entwurf zum bürgerlichen Gesetzbuch zur Erörterung gekommen. Hier wurde in Uebereinstimmung mit dem allgemeinen Landrecht[26]) die Schutzwürdigkeit verneint,[27]) „weil kein Bedürfnis vorliege, sich von den allgemeinen Grundsätzen der Nichtigkeit so weit zu entfernen, wie das gemeine Recht, das sächsische und das französische Recht, und weil damit eine Verletzung der Rechte dritter, namentlich des Erbrechts verbunden sein könne, auch bedenkliche Verwickelungen im Falle der Bigamie entstehen könnten, und endlich weil es unter Umständen für den gutgläubigen Ehegatten sogar vorteilhafter sei, wenn er die ihm auf Grund der Nichtigkeit zustehenden Rechte geltend mache, als wenn für ihn die Wirkungen einer gültigen Ehe einträten".[28]).

Nach § 1345 B.G.B. hat nun der gutgläubige Ehegatte das Recht, nach der Nichtigkeitserklärung oder

[25]) Kocholl, das Eherecht des B. G. B. S. 74.
[26]) A. L. R. II, 1 § 952—959.
[27]) vgl. Mot. Bd. IV. 67.
[28]) Hierzu sagt Hachenburg S. 290 ff (Vorträge): „Man mag allerdings zweifeln, ob der angegebene Grund, dass durch die Verleihung der Wirkungen der gültigen Ehe bei gutem Glauben beider Ehegatten derartige bedenkliche Verwicklungen entständen, völlig durchgreifend ist, umsomehr, da man ja bei der bona fides nur eines Ehegatten diese Befürchtung überwand."

Auflösung der Ehe zu verlangen, dass ihr Verhältnis zu einander in vermögensrechtlicher Beziehung so behandelt werde, als ob die Ehe zur Zeit der Nichtigkeitserklärung oder der Auflösung geschieden und der Ehegatte, dem die Nichtigkeit bekannt war, für allein schuldig erklärt worden wäre. Macht der gutgläubige Ehegatte von dem Rechte keinen Gebrauch, so verbleibt es bei den Folgen der Nichtigkeit. Eine Entscheidung aus diesem Paragraphen kann nur dann erfolgen, wenn der gutgläubige Ehegatte es vorher bestimmt, d.h. wenn er verlangt, dass die Nichtigkeit nicht berücksichtigt werde. Aus diesem Grunde hat das bürgerliche Gesetzbuch den Ausdruck Wahl vermieden. Nach der herrschenden Meinung handelt es sich hier nicht um Wahlobligation, sondern um eine facultas alternativa. Denn es besteht kein Zweifel darüber, welchem von mehreren Ansprüchen der bösgläubige Ehegatte zu genügen hat, sondern dem gutgläubigen Teil wird es ermöglicht, an Stelle der grundsätzlichen Nichtigkeit, die ohne Wahl sofort eingetreten ist, einen andern Rechtszustand zu setzen, durch den das Schuldverhältnis zur Erledigung gelangt[29])

Die abgegebene Erklärung ist, wenn sie dem andern Ehegatten zugegangen ist, unwiderruflich und bindend. (§ 1347 B.G.B.) Der erste[30]) und zweite[31]) Entwurf zum bürgerlichen Gesetzbuch, die von einem Wahlrecht sprechen, wobei der erste Entwurf noch auf einzelne Vorschriften über die Alternativobligation verweist (§§ 208

[29]) Weyl. in Seuffert's Jahrb.; Prot. Bd. 6, Seite 270; Opet S. 80 Not. 5 und zu 1345 Not. 7; Engelmann im Staud. Komm. B. 2. (2. Aufl. München 1906). 115; Neumann, Handausgabe d. B. G. B. Bd. 2, S. 40 Not. β Matthiash Lehrb. d. bürgl. R. S. 247; Schollmeyer, Recht der Schuldv. Allg. Teil S. 61, Not. 2 c. de Boor S. 32; Kipp sub 1 b u. c; Planck Bd. 2 (1 u. 2 Aufl. Berlin 1900) S. 34 u. 82, Not. 1; Festgabe für Becker (Berlin 1899) S. 153; Wieruszowski, Handb. d. Eherechts S. 12 ff.

[30]) I. E. § 1258

[31]) II. E. §. 1277.

und 209), sind dem revidierten Entwurf (§§ 1328 und 1330) der den Ausdruck Wahl vermeidet und der Fassung des Gesetzbuches zu Grunde gelegt ist, gewichen. Dass es aber durchaus nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen ist, einen Zustand der Schwebe zu schaffen, geht aus den Motiven[32]) hervor. Der Einfachheit halber wird jedoch der Ausdruck Wahl und Wahlrecht in der Literatur beibehalten.

Endemann[33]) nennt dieses Recht zur Entscheidung ein „zivilrechtliches Optionsrecht", denn es sei dabei nicht an ein Leistungsbegehren oder Forderungsrecht zu denken, da der Wille des andern Ehegatten gar nicht in Betracht komme. Endemann entlehnt seinen Ausdruck aus dem Völkerrecht und sucht die herrschende Meinung, dass es sich um eine facultas alternativa handle, damit zu widerlegen, dass derartige aus dem Obligationenrecht entnommenen Vergleiche für familienrechtliche Verhältnisse nicht passen. Dass es sich um eine Wahlobligation handle, hält er aus gleichen Gründen wie die herrschende Meinung für ausgeschlossen.

Die Gleichstellung des Eheschliessungsaktes mit jedem gewöhnlichen Rechtsgeschäft ist jedoch entgegen der Ansicht Endemanns vollkommen gerechtfertigt. Denn[34]) die von den gewöhnlichen Grundsätzen abweichende Regelung über die nichtigen Rechtsgeschäfte hat nur mit Rücksicht auf die Natur der Ehe stattgefunden. Der Natur der Ehe entsprechend ist daher auch nur eine Regelung im Hinblick auf die Gründe und die Geltendmachung der nichtigen Ehe erfolgt. Der nichtige Eheschliessungsvertrag ist darum in seinem innerenWesen von jedem andern nichtigen Rechtsgeschäft nicht verschieden. „Denn dies besteht

[32]) Mot. IV. S. 67 ff; ebenso Prot. für d. 2. Lesung Bd. 4, S. 533.
[33]) Endemann. Lehrb. d. bürgl. Rechts II Bd. S. 106 ff.
[34]) Thiesing in der Zeitschrift „das Recht" IX, Nr. 22, 1905 S. 612.

darin, dass die vom Recht an den fehlerfreien und vollständigen Tatbestand geknüpften Folgen nicht hervorgebracht werden". Bei der sogenannten Nichtehe, wo die wesentliche Form verletzt und auch eine Eintragung ins Heiratsregister nicht erfolgt sei, trete dieses klar zu Tage. In diesem Falle träten ohne weiteres die Folgen der Nichtigkeit ein, sie könne sofort und ohne Beschränkung geltend gemacht werden. Bei der nichtigen Ehe im engeren Sinne trete dieses zunächst durante matrimonio einigermassen zurück, weil gemäss § 1329 B.G.B. bis zur Beendigung der Ehe die Nichtigkeit nur im Wege der Nichtigkeitsklage geltend gemacht werden könne. Das Prinzip des § 1329 B.G.B. sei im Grunde rein prozessualer Natur. Die nichtige Ehe sei und bleibe materiellrechtlich ein nichtiges Geschäft, das grundsätzlich keine Wirkungen erzeuge, und das nur wegen der beengenden Fesseln vorher nicht ohne weiteres geltend gemacht werden könne.

Die somit aus dem Obligationenrecht entlehnte Bezeichnung Wahlrecht (facultas alternativa) auch auf den Eheschliessungsvertrag anzuwenden, erscheint durchaus nicht ungerechtfertigt[35]).

Da die Ausübung des im § 1345 B.G.B. bestimmten Rechts an keine Frist gebunden ist, gibt das Gesetz einen Rechtsbehelf an die Hand, um die Entscheidung herbeizuführen. Nach § 1347 B.G.B. Abs. 2. kann der schuldige Teil den berechtigten Ehegatten unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Erklärung darüber auffordern, ob er von dem Rechte des § 1345 Gebrauch mache. Die Folge dieser Aufforderung ist, dass das Recht nur bis zum Ablauf der Frist ausgeübt werden kann.

---

[35]) Ebenso Fischer Iherings Jahrb. Bd. 29 S. 51; Wieruszowski, Handbuch d. Eher. II S. 16, Anm. 14; Matthiash S. 247; Neumann S. 39; de Boor S. 32; Hachenburg S. 290 ff.

Das vom ersten Entwurf im § 1258 erwähnte beneficium zum Schutze des guten Glaubens ist also im Wesentlichen vom Gesetz übernommen und im § 1345 B.G.B. zum Ausdruck gebracht worden.

In materieller Hinsicht.

Ueber das Erfordernis des guten Glaubens wenigstens auf Seiten eines Ehegatten herrscht sowohl im bürgerlichen Gesetzbuch wie im gemeinen Recht Einverständnis. Es fragt sich allerdings, ob der gutgläubige Ehegatte auch gewusst haben muss, dass die ihm bekannte Tatsache Nichtigkeit der Ehe zur Folge hatte, oder ob es genügt, dass er wohl eine Tatsache gekannt hat, welche ihrer Natur nach Nichtigkeit der Ehe begründet, von der Bedeutung dieser Tatsache als Nichtigkeitsgrund jedoch nichts gewusst hat. Die Kenntnis der die Nichtigkeit begründenden Tatsache ist nämlich nicht gleichbedeutend mit der Kenntnis der Rechtswirkungen, welche diese Tatsache für den Bestand der Ehe haben. Es entspricht jedoch dem Wesen der Putativehe als einem gerade auf dem Billigkeitsprinzip sich aufbauenden Institut, auch den Rechtsirrtum zu berücksichtigen, wenn er „verzeihlich" ist. Dies liegt vor, wenn eine absichtliche Gesetzesübertretung nicht vermutet werden kann.[36])

Für das bürgerliche Gesetzbuch ergibt sich dieselbe Auffassung für die Nichtigkeit aus dem § 1345 selbst, und für die Anfechtbarkeit durch die Anweisung dieses Paragraphen in den § 142 Abs. 2. B.G.B.

In formeller Hinsicht.

Als zweites Erfordernis für das Vorliegen einer Pu-

[36]) Hertius, de matr. put. § 17; Frick in Sarwey's Monatsschrift für die Justizpflege in Würtemberg Bd. 5. S. 269, unter Berufung auf I, 8, 9 D. de jur. et. fact. ignor. 22, 6 u. I, 10, 11 C eod. tit. 1,18.

tativehe verlangt die herrschende Meinung[37]) des gemeinen Rechts die Innehaltung der gesetzlichen Form. Sie beruft sich hierfür auf Stellen des kanonischen Rechts, in denen nur eine auf materiellen Gründen beruhende Nichtigkeit berücksichtigt werde. Diese Entscheidungen verlangten einerseits den Abschluss der Ehe publice et sine contradictione und anderseits versagten sie bei dem Nichtvorhandensein der kirchlichen Erlaubnis die Wohltaten der Putativehe. Das vierte Laterankonzil schreibe schliesslich noch das öffentliche Aufgebot[38]) als eine Rechtspflicht vor und knüpfe an die Vernachlässigung dieser Vorschrift die Folge, dass bei Nichtigkeit einer solchen Ehe wegen Verwandtschaft, trotz Unkenntnis der Eltern, die Kinder illegitim sein sollten. Fischer[39]) hat jedoch die Ansicht, dass hieraus die herrschende Lehre sich rechtfertige, in ausführlicher Begründung widerlegt. Er kommt zu dem Schluss, „dass das in den Gesetzen enthaltene allgemeine Prinzip, das wegen der damals noch bestehenden Formlosigkeit der Ehe auch nur an Beispielen materiell ungültiger Ehen vom Gesetzgeber klargelegt werden konnte, nach Einführung einer wesentlichen Form ohne weiteres auch für formell ungültige Ehen gilt". Deshalb sei auch bei Verletzung der Form die Putativehe möglich, wenn bezüglich der Wahrung der Form wenigstens bei einem Gatten die bona fides vorhanden gewesen sei.

Aus § 1345 Abs. 2. B.G.B. geht hervor, dass auch bezüglich der Verletzung der Form eine nichtige Ehe mit dem Recht aus § 1345 B.G.B. vorliegen kann. Denn wenn der Absatz 2. die Anwendung der Vorschrift aus

---

[37]) vgl. Philler S. 10.
[38]) cap. 3. X. 4,3.
[39]) vgl. die von Fischer bei Gruchot Bd. 25, S. 69. Anm. 1 u. 2 zitierte Literatur.

§ 1345 für den Fall ausschliesst, dass die Nichtigkeit auf einem Formmangel beruht und die Ehe auch nicht ins Heiratsregister eingetragen ist, so ergibt sich e contrario für die formnichtige, aber eingetragene Ehe die Anwendung des § 1345 B.G.B.

Die obige Einteilung in materiell und formell nichtige Ehen auch für das bürgerliche Gesetzbuch beizubehalten, wird jedoch von der Literatur im allgemeinen nicht mehr anerkannt und besonders von Engelmann[39]) bekämpft, der an ihrer Stelle eine Einteilung in absolute und relative Nichtigkeit vorschlägt. Richtig ist allerdings, dass die obige Unterscheidung in formelle und materielle Nichtigkeit sich nicht mehr mit der der früheren in matrimoniom non existens und matrimoniom nullum deckt. Nach den Bestimmungen des ersten Entwurfs § 1252 war diese Unterscheidung vollkommen eins mit der früheren. Denn nach ihm war die formelle Nichtigkeit grundsätzlich eine andere als die materielle. Im ersten Falle sollte nämlich die Ehe so angesehen werden, als ob sie gar nicht geschlossen wäre, also gar nicht existierte — matrimonium non existens — bei der materiellen Nichtigkeit sollte dagegen die Ehe solange gültig sein, bis sie aufgelöst oder für nichtig erklärt würde — matrimonium nullum —. Diese Bestimmungen sind allerdings im Gesetze geändert. Die Kommission[40]) für die zweite Lesung hat jedoch die Unterscheidung zwischen formeller und materieller Nichtigkeit der Eheschliessung weiter beibehalten § 1235. „Man wollte nur die gesetzliche Grenze etwas weiter ziehen". Cosack[41]) gebraucht für die formell nichtige Ehe die Bezeichnung Nichtehe und Schein-

[39]) Engelmann im Komm. von Staudinger Bd. 4 1899 S. 41; ebenso Scherer, Familienrecht des B. G. B. 1899 S. 28; Staudinger Komm. Bd. IV 1907. S. 77.
[40]) Prot. Bd. IV. S. 56.
[41]) Cosack, II. § 278.

ehe für die materiell nichtige. Aber die sogenannte Scheinehe besteht durchaus nicht blos zum Scheine, sondern hat gewisse eheliche Wirkungen z.B. gelten die Kinder im Fall der Putativehe als ehelich (§ 1699 B.G.B.) Die Beibehaltung dieser Einteilung ist daher auch für das bürgerliche Gesetzbuch gerechtfertigt.

Als Nichtigkeitsgründe kennt das Gesetz einmal die in den §§ 1324 - 1328 angeführten Tatsachen, welche Nichtigkeit im engeren Sinne im Gefolge haben, dann die in den §§ 1331 - 1335 und 1350 angegebenen Anfechtungsgründe. Der einzig formelle Nichtigkeitsgrund ist im § 1324 enthalten, alle anderen sind materielle.

Der § 1345 hebt[42]) in Abweichung von dem ersten Entwurf ausdrücklich die Kenntnis der Nichtigkeit hervor. Der erste Entwurf[43]) stellt die auf grober Fahrlässigkeit beruhende Unkenntnis der Kenntnis der Nichtigkeit gleich. Kohler[44]) vertritt irrtümlicher Weise diesen Standpunkt des ersten Entwurfs. Aus den Protokollen[45]) ergibt sich bereits für den zweiten Entwurf der veränderte Standpunkt.

§ 4

Der Zeitpunkt für die bona fides. Im gemeinen Recht.

Als Zeitpunkt für die bona fides gilt der Augenblick, in dem der Eheschliessungsakt vollzogen wird. Das gemeine Recht lässt für die in diesem Augenblick bereits konzipierten Kinder die Vorteile der Putativehe als selbstverständlich zu. Wenn v. Scheurl[46]) die Ansicht

---

[42]) ebenso Endemannn S. 648 Anm. 17; Staudinger Anm. 4 zu 1345
[43]) I. E. § 1258 Abs. 1. S. 1.
[44]) Kohler S. 27.
[45]) Prot. IV. S. 664 u. S. 71 sub c; Engelmann S. 114 Not. 2. Hollweck S. 195 Anm. 5; Kuhlenbeck, d. B. G. B. S. 43, Not. 2;
[46]) das gemeine deutsche Eherecht § 68.

vertritt, dass für Kinder, die nach dem Zeitpunkt der Nichtigkeitskenntnis der Eltern erzeugt werden, niemals die Wirkungen einer gültigen Ehe entstehen könnten, da nach kanonischer Auffassung der Schutz von der Gutgläubigkeit abhängig sei, so ist dem nicht beizupflichten. Denn zwischen dem bösgläubigen Abschluss einer nichtigen Ehe und dem vielleicht jahrelangen gutgläubigen Zusammenleben besteht doch ein faktischer Unterschied. Das kanonische Recht verlangt ferner bis zur Nichtigkeitserklärung die Verpflichtung der ehelichen Gemeinschaft. Es ist daher eine gerechte Forderung der Billigkeit, dass wenigstens die Kinder von der mala fides superveniens nicht betroffen werden. Die Fortdauer der Ehe kann durchaus keine Voraussetzung für die Rechte der Kinder bilden, da das einmal entstandene Kindschaftsverhältnis von dem Weiterbestehen der Verbindung ihrer Eltern unabhängig ist.[47]) In analoger Anwendung gilt dieses auch für gutgläubige Ehegatten, da sie, wie oben bereits erörtert, nach Anschauung des kanonischen Rechts und der Weiterbildung im gemeinen Recht hinsichtlich der Putativehe den Kindern gleich zu stellen sind. Die mala fides superveniens ist also für die Wirkungen der gemeinrechtlichen Putativehe ohne Belang.

Im heutigen Recht.

Das bürgerliche Gesetzbuch steht hinsichtlich des Zeitpunktes der Kenntnis von der Nichtigkeit der Ehe

[47]) Thiesing S. 40; das bayrische Landrecht folgt hinsichtlich der Putativehe d. gem. Recht, Phillet S. 11 ff. behandelt eine Entscheidung des obersten Landesgerichts vom 25. Juli 1904. Er teilt dieses Ergebnis, jedoch aus anderen Gründen, die m. E. zutreffend sind. Nach ihm ist die prinzipielle Bedeutung des Kap. 4, § 9 für Kap. 3 § 2 (Tl. I. Bayr. L. R.) ausgeschlossen, weil das Gesetz die Kinder aus einer Putativehe vor den schwerwiegenden Folgen der Nichtigkeit hat schützen wollen. Dieser Schutz sei aber auch dann geboten, wenn gesetzl. Bestimmungen wie Kap. 4 § 9 den Kindern die gewährte Stellung zu entreissen drohten.

auf demselben Standpunkt wie das gemeine Recht. Die Motive[48]) heben mit Recht hervor, dass der Augenblick der erlangten Kenntnis meistens nur sehr schwer festzustellen sei und sich daher als Grundlage für den Bestand des herauszugebenden Vermögens nicht eigne. Auch für den Ehegatten würde dieser Zeitpunkt oft ein unangenehm zwingendes Moment sein, die Nichtigkeit der Ehe herbeizuführen. Denn während es vorläufig vielleicht mehr seinem Willen entspricht, die Nichtigkeit der Ehe unaufgedeckt zu lassen, würde er in diesem Falle schon aus praktischen Gründen die Nichtigkeitserklärung der Ehe durchsetzen, da durch eine Verzögerung der Nichtigkeitsklage der Zeitpunkt der erlangten Kenntnis immer weiter entfernt, und infolgedessen der vermögensrechtliche Anspruch immer mehr gefährdet würde[49]).

§ 5.

Die Beweislast.

Im gemeinen Recht.

Da nach kanonischem[50]) und gemeinem Recht eine nichtige Ehe die Vermutung der Echtheit für sich hat, so muss der gutgläubige Gatte zwar die behauptete Nichtigkeit der Ehe beweisen, nicht jedoch seinen guten Glauben. Das Fehlen des guten Glaubens bei Eingehung einer nichtigen Ehe würde nämlich auf Seiten desjenigen Ehegatten, der seine Gutgläubigkeit behauptet, zur Nichtigkeit der Ehe führen. Alle Tatsachen aber, die zur Vernichtung der Ehe dienen sollen, müssen „strenge" erwiesen werden, wenn die Vermutung der rechtlichen Existenz der Ehe widerlegt werden soll.

Im heutigen Recht.

Nach der Ausdrucksweise des § 1345 B.G.B. braucht

[48]) Mot. Bd. IV. S. 70 ff.
[49]) Thiesing S. 180 ff.
[50]) Cap 21 X de sponsalibus (IV, 1.)

derjenige Ehegatte, der von dem Rechte des § 1345 Gebrauch machen will, nicht seinen guten Glauben zu beweisen. Vielmehr genügt es, wenn er die mala fides des ihm gegenüberstehenden Ehegatten erbringt. Die Fassung des § 1345 stellt zu Gunsten des guten Glaubens eine Vermutung auf[51]). Die Richtigkeit dieser Auffassung findet sich in den Protokollen[52]) der Kommission für die zweite Lesung bestätigt. Engelmann,[53]) welcher den Beweis des eignen guten Glaubens von dem Ehegatten verlangt, hätte Recht, wenn die Fassung des ersten Entwurfs stehen geblieben wäre.[54]) Will nun der andere Ehegatte die Ansprüche des Klägers zurückweisen, so liegt ihm der Nachweis ob, dass auch der Kläger im massgebenden Zeitpunkt die Nichtigkeit der Ehe bereits gekannt hat.

Abweichend von der Putativehe des gemeinen Rechts verlangt die Anwendbarkeit des § 1345 als weitere Voraussetzung, dass dem einen Ehegatten die Nichtigkeit der Ehe bei der Eheschliessung bekannt war. Es muss also auch mala fides auf Seiten des andern Ehegatten vorliegen. Hier gilt dasselbe, was über die Kenntnis des Dritten im § 1344 B.G.B. verlangt wird. Die Motive[55]) begründen den Ausschluss des bösgläubigen Dritten von dem Schutze des § 1344 damit, weil sonst der Grundsatz des Nichtigkeitsprinzips durchbrochen würde und aus-

---

[51]) Ebenso Endemann S. 649 Anm. 17 u. 18; Matthiash Bd. 2, S. 247 sub 2 b; Leske S. 67?; Planck Anm. 2 zu § 1345; Opet. S. 81, Ziff. 11; Rocholl S. 75; Scherer S. 50 Not. 89; Schmidt. Habicht Anm. 5 zu § 1345; Unzner S. 82 Not. 3. S. 83 Not. 2 Neumann S. 30, Not. 4 c; Landé B. G. B. S. 349 Not. 2 u. 3 zu 1345, Not. 3 zu 1346; Crome Anm. 71 S. 193.

[52]) Bd. IV. S. 664 u. S. 71 sub. c; ebenso Hollweck S. 195 Anm. 5; Kuhlenbeck S. 43, Not. 2.

[53]) Engelmann in Stauding. Komm. S. 114, Not. 2; Kohler S. 29; Haidlen S. 69; Staudinger Anm. 4 zu 1345.

[54]) vgl. auch Opet. IV S. 69.

[55]) Mot, Bd. IV. S. 65

serdem der bösgläubige Ehegatte zusammen mit dem die Nichtigkeit kennenden Dritten das Vermögen des andern gutgläubigen Ehegatten durch entsprechende Rechtsgeschäfte erheblich schädigen könne. Dabei verlangt das Gesetz von dem Dritten ebenfalls nur die Kenntnis der Ehenichtigkeit, im Gegensatz zur fahrlässigen Unkenntnis. Der Dritte muss sich auf den äusseren Aeschein der Ehe verlassen dürfen und eine Nachforschungspflicht darf ihm nicht zugemutet werden.[56]) Somit kann der § 1344 B.G.B. nicht zur Anwendung kommen, wenn die Unkenntnis des Dritten von der Nichtigkeit der Ehe auf Fahrlässigkeit beruht. Es genügt, wenn er weiss, dass die vorhandenen Tatsachen einer rechtsgültigen Ehe entgegenstehen. Der massgebende Augenblick, in dem die Ehenichtigkeit bekannt sein muss, ist auch hier der Augenblick, in welchem das Eheschliessungsgeschäft vorgenommen wurde (§ 1317 B.G.B.)

§ 6.

Die Rechtswirkungen vor Beendigung der Ehe.

Im gemeinen Recht.

In der weiteren Frage, wie die mangelhafte Ehe in der Zwischenzeit bis zur Nichtigkeitserklärung oder Aufhebung aufzufassen ist, und wie sich die Verhältnisse durante matrimonio gestalten, hat der Begriff der Putativehe seinen Grund und seinen Halt. Sind die Voraussetzungen der Putativehe gegeben, so lässt das gemeine Recht in jeder Beziehung alle Wirkungen einer gültigen Ehe auch für die Zeit durante matrimonio eintreten. Somit gilt auch in vermögensrechtlicher Beziehung der Ehegatten untereinander das Gültigkeitsprinzip bis zur erfolgten Nichtigkeitserklärung. Pflichten und Rechte sind

[56]) Thiesing S. 169.

also vorhanden, wie bei wirklichen Eheleuten. Die Frau hat ein Recht auf Alimentation. Da ein Ehebruch bei der Putativehe als möglich angenommen werden muss, so stehen dem unschuldigen Gatten die vermögensrechtlichen Ansprüche zu, die nach gemeinem Recht bei Scheidung wegen Ehebruchs dem unschuldigen Teil gewährt werden[57]). Es besteht das Verbot der Schenkungen unter Ehegatten. Hinsichtlich des Güterrechts finden die gewöhnlichen Grundsätze des Dotalrechts Anwendung. Der Mann wird Eigentümer der Dotalsachen mit allen Rechten und Pflichten und erwirbt insbesondere die Früchte zu freiem Eigentum. Hierfür spricht eine Entscheidung[58]) des Oberappelationsgerichts Dresden, das dem matrimonium putativum alle Wirkungen einer gültigen Ehe beilegt.

Somit sind nach diesem Prinzip auch die Vermögensverhältnisse der Ehegatten, deren Ehe später für nichtig erklärt wird, nach den für gültige Ehen bestehenden Vorschriften zu beurteilen .Die Haftung des Ehemanns bezüglich der dos und des von ihm etwa verwalteten Paraphernalvermögens erstreckt sich nur auf diligentia quam suis. Desgleichen gilt die praesumptio Muciana. Auch die Rückgabe der dos vollzieht sich nach den gewöhnlichen Regeln[59]). Grundstücke werden sofort, andere Gegenstände mit ihrem Zuwachs in einem Jahre zurückerstattet. Die Früchte des letzten Jahres werden geteilt. Gegenüber der Klage der Frau steht dem Manne die Einrede des Notbedarfs zu. Das Intestaterbrecht regelt sich nach der prätorischen bonorum possessio unde vir et uxor. Nach römischem Recht setzte aber dieses Erbrecht eine vollgültige Ehe voraus, nach der kanonischen

[57]) vgl. die sogenannten Ehescheidungsstrafen nach nov. 117 cap. 8. § 2 cap. 9 § § 4 u. 5; vgl. Hertius § 29.
[58]) Seufferts Arch. Bd. 2. Nr. 60;
[59]) Sohm S. 462.

Rechtsentwicklung brachte jedoch auch eine Putativehe gültige erbrechtliche Wirkungen hervor. Im Sinne dieser Auffassung hat auch die Praxis gehandelt. Das Erkenntnis[60]) des Obertribunals zu Stuttgart vom 11. Juni 1827 hat der gutgläubigen Witwe ein Erbrecht am Vermögen ihres Mannes zuerkannt. Für die testamentarische Erbfolge gilt dasselbe, natürlich unter der Voraussetzung, dass die Ehe bis zum Tode des Erblassers gedauert hat.

Im heutigen Recht.

Das bürgerliche Gesetzbuch trifft keine ausdrücklichen Bestimmungen über die rechtliche Stellung der Ehegatten vor Beendigung der Ehe durch Auflösung oder Nichtigkeitserklärung. Vorwiegend ist zwar die Meinung[61]) vertreten, dass die nichtige Ehe bis zur Nuchtigkeitserklärung als materiell gültig anzusehen sei. Einen Stützpunkt hierfür sucht die herrschende Meinung in den Motiven,[62]) die den fortgefallenen § 1252 Abs. 1. I. E:

> „Eine nichtige Ehe, deren Nichtigkeit nicht auf einem Formmangel bei der Eheschliessung beruht, ist solange als gültig anzusehen, bis sie aufgelöst, oder für ungültig erklärt ist"

als eine notwendige Konsequenz des Prinzips ansehen, dass die nichtige Ehe nicht ohne weiteres als nichtig behandelt werden solle, sondern dass die Nichtigkeit derselben auf Grund einer Nichtigkeitsklage in einem besonderen Verfahren durch richterliches Urteil festgestellt werden müsse und bis dahin in einem anderen Verfahren über die Nichtigkeit incidenter nicht verhandelt und entschieden werden dürfe". Der nichtige Eheschlies-

---

[60]) vgl. Seufferts Arch. Bd. I. Nr. 236 (Urteil des Obertribunals Stuttgart v. 11. Juni 1827)

[61]) vgl. Planck Anm. 4. zu § 1329; Staudinger Vorbem. III a u. IV b zu d. Tit. u. Anm. 2 zu § 1329.

[62]) Bd. IV. S. 56.

sungsvertrag ist jedoch in seinem Wesen von jedem andern nichtigen Rechtsgeschäft nicht verschieden. Der erste Entwurf hatte im § 108 ausgesprochen, dass das nichtige Rechtsgeschäft in Ansehung der gewollten rechtlichen Wirkungen so angesehen werden solle, als ob es nicht vorgenommen wäre. Hiermit übereinstimmend schrieb der § 1252 Abs. 2. vor, die als nichtig oder ungültig erklärte Ehe solle so behandelt werden, als ob sie nicht geschlossen wäre, und der Abs. 1. bestimmte, die Ehe sei bis zur Nichtigkeitserklärung als eine gültige anzusehen. Diese Paragraphen sind aber vom Gesetzgeber gestrichen, ohne dass er ausgesprochen hätte, was er unter einem nichtigen Rechtsgeschäft verstehe. Dass aber die Bedeutung des Wortes „nichtig" für die Ehe nicht eine gründsätzlich andere ist, als im allgemeinen Teil, ist schon aus den Motiven[63]) ersichtlich, wo von der Nichtigkeit der Ehe der Kürze halber geredet wird, anstatt von der Nichtigkeit des Eheschliessungsvertrages. Dass dann aber der § 1252 Abs. 1. unhaltbar wird, hebt Buhl[64]) mit Recht hervor, indem er sagt: „Offenbar lässt sich die Auffassung des ersten Entwurfs über die einstweilige Gültigkeit der nichtigen Ehe, die aus seiner oft hervortretenden fehlerhaften und schädlichen Neigung zum Konstruieren und Generalisieren hervorgegangen ist, nicht halten". Im § 1252 Abs. 1. des ersten Entwurfs, wie im § 1329 B.G.B. handelt es sich also nicht um eine zeitweilige Gültigkeit der Ehe, die mit rückwirkender Kraft vernichtet wird, sondern um gesetzliche Schranken, die im Interesse der öffentlichen Ordnung und zur Vermeidung widersprechender Erkenntnisse gegeben sind. Sobald diese Schranken nicht mehr erforderlich sind, fallen sie

[63]) Mot. Bd. IV. S. 47.

[64]) Buhl S. 151.

weg, so z.B. wenn die Ehe aufgelöst oder die Nichtigkeit durch Urteil festgestellt ist[65]).

Der herrschenden Meinung, dass die nichtige Ehe bis zur Nichtigkeitserklärung oder Auflösung gültig sei, tritt Thiesing[66]) in überzeugender Weise entgegen. Er führt aus, dass der § 1329 B.G.B., wonach die Nichtigkeit der Ehe nicht vor deren Nichtigkeitserklärung oder Auflösung geltend gemacht werden kann, rein prozessualer Natur sei. Er werfe seine Schatten zwar auch auf die materiellrechtliche Seite, gehe aber nicht so weit, die im § 1252 des ersten Entwurfs aufgestellte Fiktion als seine notwendige Folge auszusprechen. Der Umstand, dass das Nichtvorhandensein eines Rechtsverhältnisses nur in bestimmter Weise prozessual geltend gemacht werden könne, bedeute für die Frage, ob es nach materiellem Recht bestehe, überhaupt nichts, da beides, weil auf verschiedenen Gebieten liegend, grundsätzlich unabhängig von einander sei. Bei der nichtigen Ehe bestehe auch kein Schwebezustand, wie bei der Anfechtbarkeit, wo erst die Anfechtung d.h. ein materieller rechtsgeschäftlicher Akt, allerdings mit rückwirkender Kraft Vernichtungsfaktor sei, sondern das die Nichtigkeit aussprechende Urteil stelle sie nur in einer für alle gültigen Weise ans Licht, habe also deklaratorische Bedeutung, m.a.W. ändere nichts an der materiellrechtlichen Sachlage, wenn auch an der prozessualen, da von jetzt ab die Nichtigkeit in gleicher Weise, wie bei sonstigen Nichtigkeitsfällen unbeschränkt geltend gemacht werden könne.

Hellwig[67]) führt im Gegensatz hierzu aus, dass wenn niemand geltend machen könne, dass ein Rechtsverhält-

---

[65]) Thiesing S. 88 ff.
[66]) Thiesing S. 88 ff.
[67]) Hellwig S. 45. Anm. 2, S. 65—71 u. S. 451, Mitteis S. 6 Anm. 8 nach ihm hat das Urteil nur für dritte Konstitutive Wirkung, im übrigen aber spricht er sich für die deklaratorische Wirkung aus.

nis, das ja ein ideelles Rechtsgebilde sei, nicht bestehe, es eben für das Rechtsleben bestehe. Er behauptet und verteidigt die konstitutive Natur des Nichtigkeitsurteils und gelangt so zu der Auffassung der zeitweiligen Gültigkeit der nichtigen Ehe. Er setzt die nichtige der anfechtbaren Ehe gleich und legt ihre Unterscheidung nur in die Gründe und Art der Beseitigung und die zur Beseitigung befugten Personen.

Das Gesetz selbst vertritt keineswegs den Standpunkt der Gültigkeit; denn bei dem Ehehindernisse der Doppelehe ist das Bestehen der nichtigen Ehe nicht ein trennendes, sondern nur ein aufschiebendes Ehehindernis (§ 1309 B.G.B.), aber auch nur aus prozessualen, nicht aus materiellen Rücksichten.

Besonders daraus, wie sich die Wirkungen einer nichtigen Ehe durante matrimonio gestalten, lässt sich die richtige Auffassung herleiten, dass auch während dieser Zeit das Nichtigkeitsprinzip für die nichtige Ehe massgebend ist.[68])

Nach der herrschenden Meinung besteht eigentlich auf Grund des von ihr behaupteten Gültigkeitsprinzips eine Pflicht zur ehelichen Gemeinschaft. Wenn diese dennoch nicht verlangt werden kann, so begründet es die herrschende Meinung damit, dass es sich hier nicht um erzwingbare Rechte und Pflichten handle. Aber wie Thiesing richtig betont, „bleiben Rechte und Pflichten, die das Gesetz aufstellt, Recht und Pflicht, auch wenn sie nicht erzwungen werden können". Zudem können sie auch Gegenstand des Prozesses sein, da wegen ihrer Verletzung die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens zulässig ist, und ferner können sie auch im Scheidungsprozess eine Rolle spielen, da ihre Verletzung sich als Scheidungsgrund nach § 1568 B.G.B. darstellen kann.

[68]) vgl. Thiesing S. 91 ff.

Aber auch die Schutzvorschrift des § 1353 Abs. 2. bietet, da das Verlangen nach Herstellung der ehelichen Gemeinschaft sich hier offenbar als Missbrauch darstellt, keine Stütze für die Gültigkeit der Ehe bis zur Nichtigkeitserklärung oder Auflösung.

Diese Vorschrift bezieht sich nicht auf alle Wirkungen der Ehe, sondern nur auf das rein persönliche Verhältnis der Gatten. Bei einer nichtigen Ehe stützt sich die Missbrauchseinrede eben auf den Nichtigkeitsgrund, der für die persönlichen Beziehungen die Folgen des § 1329 gar nicht zur Entstehung kommen lässt. Somit kann ohne weiteres die Erfüllung der ehelichen Gemeinschaft verweigert werden, da sie einmal rechtlich nicht erzwingbar ist, und ihr ferner die Missbrauchseinrede aus § 1353 Abs. 2. entgegengehalten werden kann.

Auch dem etwaigen Einwande[69]), dass der § 627 C.P.O. ein Ausfluss des den §§ 1329 und 1343 B.G.B. zu Grunde liegenden Gedankens sei, „dass die Ehe, solange sie bestehe, trotz der Erhebung der Nichtigkeitsklage als gültig anzusehen sei", ist entgegenzuhalten, dass diese Vorschrift keineswegs genügen würde, da die einstweilige Verfügung aus § 627 C.P.O. erst zulässig wird, sobald der Termin zur mündlichen Verhandlung über die Nichtigkeitsklage bestimmt ist. (§ 627. Abs. 2. C.P.O.).

Hinsichtlich der Namensführung würde im internen Verhältnis der Ehegatten zu einander dasselbe gelten, wie bei der ehelichen Lebensgemeinschaft, die Missbrauchseinrede aus § 1353 würde Platz greifen, da ja die Namensführung eine natürliche Folge der ehelichen Gemeinschaft darstelllt. Jedoch im Verhältnis zu dritten Personen würde die Missbrauchseinrede versagen, es würde eben der § 1329 entgegenstehen, also zunächst die Nichtigkeitserklärung oder Auflösung der Ehe abzuwarten sein.

[69]) Planck, Vorbem. zu Tit. III. 2 a. I Bd. 3 Aufl.

Doch ist auch dieses nicht der Ausfluss der Gültigkeit der Ehe, sondern eine Folge der prozessualen Geltendmachungsart.

Dieselbe Sachlage liegt im Fallle der §§ 1356 und 1357 vor, auch hier ist das Mittel der Missbrauchseinrede gegeben, wonach das Nichtbestehen der fraglichen Rechte und Pflichten geltend gemacht werden kann. Der Mann wird der Frau untersagen können, ihre Rechte aus §§ 1356 und 1357 auszuüben, auch steht der Frau das Weigerungsrecht zu, falls der Mann die in den genannten Paragraphen liegenden Pflichten der Frau verlangt.

Die aus diesem persönlichen Gemeinschaftsverhältnis entspringenden Rechte und Pflichten können aber auch vermögensrechtliche Wirkungen zur Folge haben. Wie sind nun diese Wirkungen zu beurteilen für die Zeit bis zur erfolgten Untersagung der Rechte aus §§ 1356 und 1357 durch den Mann, oder der Weigerung der sich hieraus ergebenden Pflichten seitens der Frau?

Der § 1345 gibt hierüber keinen Aufschluss, da er nur die Zeit nach Beendigung der Ehe berücksichtigt. Thiesing[70]) sucht hierfür einen passenden Ausgleich zu finden, indem er auf allgemeine Gesichtspunkte zurückgeht und zunächst die materielle Rechtslage ohne Rücksicht auf den § 1329 betrachtet. Da in Wirklichkeit auch nicht einen Augenblick eine gültige Ehe bestanden habe, so hätten auch die fraglichen Rechte und Pflichten nie bestanden. Würden sie dennoch ausgeübt, so sei die Sachlage je nach Kenntnis oder Unkenntnis der Ehegatten von der Nichtigkeit der Ehe zu beurteilen. Bei Kenntnis beider Ehegatten würde die Ausübung der Rechte sich offenbar nach den Grundsätzen des Auftrags richten.

Bei Unkenntnis beider Ehegatten würde Geschäftsführung ohne Auftrag vorliegen.

[70]) Thiesing S. 100 ff.

Ist dem Manne die Nichtigkeit bekannt, so würde die Frau kraft Vollmacht des Mannes handeln, ist dagegen die Frau allein in Kenntnis der Nichtigkeit, so würde sie als auftragslose Geschäftsführerin auftreten.

In den letztgenannten beiden Fällen könnte dagegen der gutgläubige Teil unter Umständen Schadensersatzansprüche gegen den bösgläubigen Teil aus dem Gesichtspunkte der unerlaubten Handlung herleiten und in sämtlichen Fällen Ansprüche wegen ungerechtfertigter Bereicherung.

Auch der § 1359 B.G.B. kann vermögensrechtliche Folgen im Verhältnis der Gatten zu einander nach sich ziehen. Er gilt vor allem für die Erfüllung der Unterhaltspflicht und die aus dem ehelichen Güterrecht erwachsenden Pflichten. Auch hier gilt bei bestehender nichtiger Ehe durante matrimonio die Haftung für diligentia quam suis, da die strengere Haftung wegen der Vorschrift des § 1329 nicht geltend gemacht werden kann. Ansprüche der Frau, die sich aus der Verwaltung und Nutzniessung des Mannes am eingebrachten Gute ergeben, sind schon auf Grund des § 1394 während bestehender Verwaltung ausgeschlossen. Erst mit dem Wegfall der gesetzlichen Beschränkung kann geltend gemacht werden, dass ein wirklicher Güterstand niemals bestanden hat. Wie jedoch die auf Grund des scheinbar vorhandenen Güterstandes vorgenommenen Rechtshandlungen zu beurteilen sind, ist als Tatfrage von der Gestaltung des Einzelfalles abhängig. Was sich aus dem gesetzlichen Güterstande ergibt, dasselbe gilt auch für den vertragsmässigen Güterstand. Als Ehevertrag ist der den Güterstand regelnde Vertrag jedenfalls nichtig, aber als obligatorischer Vertrag ist er aufrecht zu erhalten, wenn darin der Wille der Ehegatten erblickt werden kann, ihre

güterrechtlichen Verhältnisse wie wirkliche Eheleute zu regeln[71]). Planck[72]) will allerdings die Nichtigkeit des Vertrags nach § 138 B.GB.. als Regel aufstellen. Die gegebenen Fälle brauchen jedoch nicht immer gegen die guten Sitten zu verstossen, jedenfalls ist eine jedesmalige Prüfung billigerweise am Platze.

Die Unterhaltspflicht der Ehegatten ist im § 1360 Abs. 3. gekennzeichnet, „sie hat in der durch die eheliche Gemeinschaft gebotenen Weise zu geschehen". Sie unterscheidet sich von der gewöhnlichen Regelung, die durch Entrichtung einer Geldrente zu erfolgen hat. Sind jedoch die Voraussetzungen des § 1361 gegeben, so tritt auch der Unterhaltsanspruch in Gestalt der Geldrente wieder auf. Der Unterhaltsanspruch ist also auf jeden Fall in der einen oder anderen Form zu gewähren. Es fragt sich aber, ob im Falle einer nichtigen Ehe der Unterhaltsanspruch auf Grund der Missbrauchseinrede überhaupt verweigert werden kann und darf? Buhl[73]) bejaht diese Frage. M.E. kann jedoch der Unterhaltsanspruch bis zur Nichtigkeitserklärung verlangt werden. Die Nichtigkeit der Ehe ist zwar jetzt schon vorhanden, ein Unterhaltsanspruch besteht also in Wirklichkeit nicht, jedoch beruht die Forderung lediglich auf den in § 1329 liegenden Beschränkungen. Die Folgen einer gültigen Ehe können vorläufig noch nicht verhindert werden. Auch die Missbrauchseinrede kann hier nicht eingreifen, da diese sich nur auf die rein persönlichen[74]) Verhältnisse der

[71]) Thiesing S. 110.
[72]) Planck Anm. 1 zu § 1344.
[73]) Buhl S. 151.
[74]) Thiesing S. 105 ff erkennt ausserdem eine exceptio doli generalis für das B. G. B. nicht an. Einmal mache sie den § 1329 illusorisch, dann könne sie auch ferner einem Dritten nicht versagt bleiben. Ebenso Planck Vorbem. 2 zu Tit. 5 betont die persönliche Natur der Missbrauchseinrede, „sie sei nicht etwa wegen aller im gegenwärtigen Titel bestimmten Pflichten zu-

Ehegatten zu einander bezieht. Es ist dem gutgläubigen Ehegatten also keine andere Möglichkeit gegeben, als vorläufig den Unterhalt zu gewähren und sich später durch die Bereicherungsklage schadlos zu halten.

Ebenso gestaltet sich das eheliche Güterrecht auf Grund des § 1329 zunächst so, als ob eine vollgültige Ehe geschlossen wäre.

Wenn nun das Bestehen der Ehegemeinschaftsverpflichtung als solcher samt allen ihren Wirkungen hingenommen wird, so bedeutet das, wie oben dargelegt, keineswegs eine Folge der Gültigkeit der nichtigen Ehe, während ihres Bestehens, sondern lediglich nur die Unmöglichkeit der Geltendmachung der Nichtigkeit wegen prozessualer Beschränkung. Sobald diese nicht geboten erscheint, wie bei den rein persönlichen Beziehungen der Ehegatten untereinander, kann auch die Nichtigkeit mit Hülfe der Missbrauchseinrede jederzeit geltend gemacht werden. Der § 1329 beschäftigt sich gar nicht mit dem Wesen der materiell nichtigen Ehe, sondern regelt lediglich nur die Behandlung einer nichtigen Ehe im Prozess Wenn Leske[75]) zur Begründung der Ansicht, dass die nichtige Ehe bis zur Rechtskraft des Urteils als eine gültige anzusehen ist, auf den § 1329 hinweist, so beruht dies offenbar auf einem Irrtum.

Auch die Motive[76]) bestätigen die dargelegte Auffassung mit den Worten:

> „Dabei ist jedoch das Verhältnis nicht so zu denken, als ob die Ehe erst durch die Nichtigkeitserklärung überhaupt zu einer nichtigen würde, sondern das

---

lässig, insbesondere können sie wegen Verletzung der Unterhaltspflicht nicht erhoben werden;" Hachenburg Vorträge; Rehbein Bd. II. S. 13; Eck, Vorträge S. 49; Fischer-Henle B. G. B. § 1353 Anm. 3.

[75]) vgl. Leske S. 661.

[76]) vgl. Mot. zu 1252 S. 56 u. 57; ferner Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen IX, 57 S. 214.

Urteil hat nur deklaratorische Bedeutung".

Auch die Missbrauchseinrede aus § 1353 Abs. 2. lässt deshalb, weil sie nur Ehegatten zusteht, durchaus nicht die Folgerung zu, dass nun auch für die nichtige Ehe das Gültigkeitsprinzip vorläge. Die Missbrauchseinrede ist den Ehegatten auch gar nicht auf Grund des materiellen Bestehens der Ehe gegeben, sondern nur wegen ihres formellen Bestandes. Sie stützt sich lediglich auf den materiellen Nichtigkeitsgrund, ohne sich gegen die prozessrechtlichen Bestimmungen des § 1329 zu richten.

Somit gilt auch für nichtige Ehen gemäss § 1345 durante matrimonio prinzipiell das Nichtigkeitsprinzip, dessen Geltendmachung nur durch die prozessrechtliche Vorschrift des § 1329 ausgeschlossen ist.

Das Nichtigkeitsprinzip einer nichtigen Ehe während ihres Bestehens wird noch besonders an der Vorschrift des § 1348 B.G.B. sichtbar[77]) Im Falle der Todeserklärung gestattet das Gesetz dem zurückbleibenden Gatten die Eingehung einer neuen Ehe und knüpft daran die Folge, dass dadurch die alte Ehe aufgelöst wird. Haben jedoch beide Ehegatten von dem Ueberleben des ersten Gatten Kenntnis gehabt, so ist die neue Ehe nichtig. Es fragt sich nun aber, ob auch eine sonst nichtige Ehe die neue Ehe zur Auflösung bringen kann. Die herrschende Meinung[78]) verlangt Gültigkeit der neuen Ehe Nach Dernburg[79]) dagegen kommt es auf die Gültigkeit der neuen Ehe nicht an. Seine Ansicht stützt er offenbar darauf, dass auch die nichtige Ehe eine Ehe, wenn auch nur eine Abart der Ehe sei.

Da das Gesetz jedoch hierüber keine ausdrücklichen Vorschriften gegeben hat, so ergibt sich die Beantwor-

[77]) Thiesing S. 114 ff.
[78]) Planck Anm. 4. zu § 1348; Staudinger Anm. 5 zu § 1348; Opet Anm. 2 zu 1348; Erler S. 72; Schmidt Anm. 3b. zu 1348.
[79]) Dernburg, Familienrecht S. 74 Anm. 8 u. S. 16.

tung der Frage aus allgemeinen Grundsätzen. Somit ist auf den Begriff der Nichtigkeit zurückzugreifen und zu folgern, dass nur eine gültige Ehe die erste Ehe aufzulösen vermag. Selbstverständlich kann auch die Nichtigkeit der neuen Ehe auf Grund des § 1329 nicht eher geltend gemacht werden, als bis sie für nichtig erklärt oder aufgelöst ist. Thiesing[80]) sucht mit Recht aus der Zweckbestimmung des § 1348 Abs. 2. die Richtigkeit seiner Behauptung zu rechtfertigen, „die alte Ehe soll deshalb zur Auflösung kommen, damit die neue Ehe dem mutmasslichen Willen der Beteiligten und der ganzen Sachlage entsprechend in Kraft bleiben kann und die Befürchtung, dass eine Rückkehr des Verschollenen den Bestand der neuen Ehe bedrohe, von der Wiederverheiratung nicht abschrecke". Diese Rücksicht auf die neue Ehe kommt aber nicht in Frage, wenn sie nichtig ist, also ohnehin nicht aufrecht erhalten werden kann.

Für die anfechtbare Ehe ist jedoch entsprechend den allgemeinen Vorschriften über Anfechtbarkeit das Prinzip der Gültigkeit massgebend. Wie jedoch das anfechtbare Rechtsgeschäft, so ist auch die anfechtbare Ehe, wenn sie wirklich angefochten wird, nach § 1343 Abs. 1. als von Anfang an nichtig anzusehen. Während jedoch bei einer nichtigen Ehe nur infolge der Vorschrift des § 1329 die wirklich schon vorhandene Nichtigkeit nicht ohne weiteres in die Erscheinung gebracht werden kann, so ist bei einer anfechtbaren Ehe auch ohne Rücksicht auf die prozessuale Beschränkung der Geltendmachung eine Gültigkeit materieller Natur gegeben[81]). Solange demnach die Anfechtung unterbleibt, gilt nichts Besonderes; die anfechtbare Ehe ist zunächst eine vollgültige mit allen ihren Wirkungen und bleibt auch gültig, wenn die Anfechtung gänzlich unterbleibt. Durch die Anfechtung

[80]) Thiesing S. 116.
[81]) Anderer Ansicht Hellwig S. 451 ff.

tritt aber eine Umwandlung der Ehe in eine von Anfang an nichtige ein.

Auch für die anfechtbare Ehe gilt die Vorschrift des § 1329 und zwar in doppelter Bedeutung. Einmal[82]) bildet sie die Anfechtungshandlung, die die Ehe materiell mit rückwirkender Kraft vernichtet, hier trägt sie einen rechtsgeschäftlichen Charakter, sodann stellt sie einen prozessualen Akt dar, der feststellen soll, ob die Anfechtung begründet war oder nicht, so dass das die Nichtigkeit aussprechende Urteil deklaratorischer Natur ist.[83]) Die Zurücknahme der Anfechtungsklage regelt sich nach § 271 C.P.O. und hat rein prozessrechtliche Bedeutung. Somit würde hierdurch die Anfechtungshandlung selbst nicht berührt, so dass die Ehe nichtig wäre und bliebe mit dem Rechte der Geltendmachung der Nichtigkeit für jeden Dritten. Deswegen musste der § 1341 Abs. 2. S. 1. bestimmen, dass auch der die Nichtigkeit herbeiführende rechtsgeschäftliche Akt nach Zurücknahme der Klage als nicht erfolgt gelten solle.

Der Fortbestand der anfechtbaren Ehe ist also gänzlich von dem Willen des berechtigten Ehegatten abhängig gemacht. Deshalb erfordert es die Verkehrssicherheit diesen Schwebezustand nicht zu lange währen zu lässen. Aus diesem Grunde bestimmt das Gesetz in den §§ 1339 und 1350 B.G.B., dass mit dem Ablauf der Ausschlussfrist von 6 Monaten das Anfechtungsrecht erlischt.

Da das Anfechtungsrecht ein rein persönliches, unvererbliches Recht darstellt, so erlischt es auch regelmässig im Falle der Auflösung der Ehe durch Tod. Es belässt dem überlebenden Ehegatten die vermögensrechtlichen Vorteile, die ihm aus der Ehe zugeflossen sind. Wenn somit im Falle der Auflösung der Ehe keine

[82]) Thiesing S. 131 ff.
[83]) Mot. IV. S. 85; anderer Ansicht Hellwig S. 64 ff.

Anfechtung erfolgt ist, und auch fernerhin nicht erfolgen kann, so liegt auch keine nichtige Ehe mehr vor und mithin auch keine Anwendungsmöglichkeit des § 1345.

Für den Ehegatten, der die Anfechtbarkeit der Ehe kannte, können daher im Falle der Auflösung der Ehe durch Tod des gutgläubigen Gatten oder durch Scheidung auch nicht die Wirkungen der Nichtigkeit eintreten.

Dasselbe gilt im Falle des § 1348. Auch hier erlischt das Anfechtungsrecht, wenn im Falle der Todeserklärung durch Eingehung einer neuen Ehe die erste Ehe aufgelöst wird. Eine Ausnahme von dem Grundsatze des Wegfalls der Anfechtungsbefugnis durch Auflösung der Ehe ist jedoch im Falle des § 1338 B.G.B. gemacht, wenn nämlich der Tod des nicht anfechtungsberechtigten Teils die Ursache der Auflösung war.

Als Resultat obiger Darlegungen ergibt sich, dass die nichtige Ehe — bei der angefochtenen tritt Rückwirkung ex tunc ein — auch während ihres Bestehens bis zur Nichtigkeitserklärung oder Auflösung in jeder, somit auch in vermögensrechtlicher Beziehung der Ehegatten unter einander prinzipiell nichtig ist, während die Putativehe des gemeinen Rechts eine prinzipielle Gültigkeit hat.

§ 7.

Die Rechtswirkung nach Beendigung der Ehe.

Bei solchen Wirkungen, für welche die Fortdauer der Ehe keine Voraussetzung bildet — bei einer nichtigen Ehe nach dem bürgerlichen Gesetzbuch sind sie nie existent gewesen — kann somit von einer Nachwirkung auch keine Rede sein. Dieses gilt sowohl im Verhältnis der Ehegatten gegenüber dritten Personen als

auch zu einander.

Das Gesetz hat jedoch für die Kinder eine Ausnahme geschaffen und als leitenden Grundsatz den § 1691 Abs. 1. aufgestellt. Hiernach ergeben sich für Kinder aus einer nichtigen Ehe alle Wirkungen einer vollgültigen Ehe.

Anderen dritten Personen gewährt das Gesetz nur bei deren Gutgläubigkeit, unabhängig von der Gutgläubigkeit der Ehegatten, in rechtsgeschäftlicher Hinsicht die Wirkungen einer gültigen Ehe (§ 1344 B.G.B.).

Noch beschränkter zeigt sich die Ausnahme von dem Prinzip der Nichtigkeit für die Ehegatten untereinander. Hier gewährt der § 1345 die Wirkungen einer gültigen Ehe und zwar nur in vermögensrechtlicher Beziehung, jedoch nicht prinzipiell, sondern nur auf Grund der Ausübung des Wahlrechts, welches widerum nur bei einseitiger Gutgläubigkeit eines Ehegatten diesem zusteht. Wird das Wahlrecht nicht ausgeübt, so zeigen sich in vermögensrechtlicher Beziehung nach Beendigung der nichtigen Ehe keinerlei Wirkungen einer gültigen Ehe.

Im gemeinen Recht.

Die gemeinrechtliche Putativehe, die einer vollgültigen Ehe gleichsteht, bringt nach ihrer Beendigung ipso jure solche Wirkungen hervor, die sich aus einer gültigen aber geschiedenen Ehe ableiten.

Selbstverständlich greifen im Falle der Bösgläubigkeit eines Ehegatten für diesen die Nichtigkeitsfolgen Platz.

Das gemeine Recht gibt der Frau durch Ergänzung des römischen Rechts mit germanischen Rechtsanschauungen ein Alimentationsrecht gegenüber dem Manne während bestehender Ehe[84]). Der Alimentationsanspruch der Frau bleibt auch nach der Scheidung bestehen, falls diese

[84]) vgl. Dernburg, Pandekten Bd. III. § 6.

auf Grund eines Verschuldens des Mannes erfolgt ist. Wird die Putativehe, die auf Grund beiderseitiger Gutgläubigkeit entstanden ist, gelöst, so erlischt natürlich von jetzt ab die Verpflichtung des Mannes zur Alimentation. Denn die Alimentationspflicht im Falle der Scheidung war nach gemeinem Recht eine Strafe für den schuldigen Mann; eine Schuld lag aber nicht vor, falls beide Teile gutgläubig eine nichtige Ehe eingegangen waren, sie berechtigte wohl zur Scheidung, konnte aber wegen Mangels an Verschulden keine Strafe nach sich ziehen.

Auch im Falle der Schenkung unter Ehegatten gilt der für vollgültige Ehen massgebende Grundsatz, dass sie ungültig sind und in jedem Augenblick widerrufen werden können. Ist jedoch der Rückforderungsberechtigte vor dem Empfänger, oder gleichzeitig mit ihm verstorben, ohne sein Rückforderungsrecht ausgeübt zu haben, so soll die Schenkung nachträglich konvaleszieren. Die Schenkung konnte also nur im Falle des Todes nicht widerrufen werden, sie wurde dann als eine mortis causa donatio behandelt nach den Bestimmungen des Vermächtnisrechtes. Das Widerrufsrecht war daher nach Scheidung der Ehe jederzeit gegeben.

Hinsichtlich des Güterrechts finden die Grundsätze des Dotalrechts[85]) Anwendung. Nach Auflösung der Putativehe ist der Mann zur Herausgabe der Substanz des Dotalgutes verpflichtet; die inzwischen erworbenen Nutzungen behält er. Vertretbare Sachen erstattet er in genere, nicht vertretbare Sachen in specie zurück. Ausserdem sind die für die Rückerstattung bestimmten Fristen massgebend. Kapitalien und andere vertretbare Sachen werden in Jahresraten, nur die nicht vertretbaren Sachen müssen sogleich herausgegeben werden. Bezüglich der Früchte des letzten Jahres tritt die vorgeschriebene verhältnis-

[85]) Sohm S. 462.

mässige Teilung ein. Der Mann behält sein Abzugsrecht für Auslagen, die er auf die dos gemacht hat. Seine Haftung erstreckt sich nur auf diligentia quam suis rebus adhibere solet. Voraussetzung ist natürlich, dass der Mann bei Eingehung der nichtigen Ehe gutgläubig war.

Im heutigen Recht.

Der Paragraph 1345 B.G.B. wird grundsätzlich von dem Prinzip der Nichtigkeit geleitet. Nur wenn nach erfolgter Nichtigkeitserklärung oder Auflösung der Ehe der gutgläubige Ehegatte von seinem Wahlrecht Gebrauch macht, sind die Wirkungen in vermögensrechtlicher Beziehung der Ehegatten unter einander so anzusehen, als wenn sie sich aus einer gültigen, aber geschiedenen Ehe ableiten. In vermögensrechtlicher Beziehung werden also nicht alle Wirkungen einer gültigen Ehe aufrecht erhalten, sondern nur diejenigen, die bei Scheidung einer Ehe eintreten. Es bleiben also unberührt die Erb- und Pflichtteilsrechte, sowie die §§ 2077, 2268 und 2279 B.G.B. In erbrechtlicher Beziehung stehen ohnedies die Wirkungen der Scheidung denen der Nichtigkeit auch für den unschuldigen Teil gleich, so dass die Anrufung des § 1345 hier nutzlos wäre.

Auf die Bestimmung des Scheidungsrechts, wonach die Frau auf Grund des § 1577 Abs. 1. grundsätzlich den Namen ihres Mannes behält, bezieht sich die Vergünstigung des § 1345 natürlich nicht, da es sich hier um ein rein persönliches Verhältnis der Ehegatten handelt[86])

Die praktische Bedeutung des § 1345 beschränkt sich demnach lediglich auf folgende Punkte:

1) der gutgläubige Gatte hat gegen den bösgläubigen den Unterhaltsanspruch nach § 1578,

2) der gutgläubige Ehegatte hat das Recht, die

[86]) a. a. O. dieser Arbeit S. 34 ff.

dem bösgläubigen während des Brautstandes und des Bestehens der Ehe gemachten Schenkungen nach § 1584 zu widerrufen,

3) der in der nichtigen Ehe vorhanden gewesene Güterstand gilt nach Wahl des gutgläubigen Gatten nicht als ein nie vorhanden gewesener, sondern als tatsächlich begründeter und aufgelöster.

Der Unterhaltsanspruch wird als eine allgemeine Ehewirkung angesehen. Diese Pflicht besteht jedoch nur durante matrimonio und erlischt nach §§ 1360 Abs. 3. und 1615 B.G.B. und kommt nur bei der durch Scheidung erfolgten Auflösung als Nachwirkung der Ehe zu Lasten des allein für schuldig erklärten Teils in Betracht (§ 1578 ff. B.G.B.).

Das bürgerliche Gesetzbuch behandelt in den §§ 1578-1583 die Unterhaltspflicht des für schuldig erklärten Teils. Da der § 1345 besagt, dass die Ehegatten wie geschiedene und der bösgläubige wie der allein schuldige Gatte rechtlich behandelt werden soll, so sind auch die vermögensrechtlichen Beziehungen bis zur Beendigung der Ehe so zu beurteilen, als ob die Ehe gültig gewesen wäre. Deshalb[87]) können gemäss §§ 1613 und 1360 Abs. 3. B.G.B. auch vom Unterhaltsberechtigten für die Vergangenheit Ansprüche erhoben werden und nicht vom andern Ehegatten unter Berufung auf die Nichtigkeit der Ehe Ersatz- oder Bereicherungsansprüche geltend gemacht werden.

Durch § 1345 wird dem gutgläubigen Ehegatten die Befugnis eingeräumt, gemäss § 1584 B.G.B. Schenkungen, die er dem andern Teile während des Brautstandes, oder während der Ehe gemacht hat, zu widerrufen. Der Widerruf erfolgt gemäss § 351 B.G.B. und die Herausgabe nach den Vorschriften der ungerechtfertigten Be-

[87]) Thiesing S. 190.

reicherung. Der Widerruf muss erfolgen innerhalb eines Jahres nach Rechtskraft des Nichtigkeitsurteils oder des Scheidungsurteils. Im Falle der Auflösung der Ehe durch Tod kann der Widerruf gemäss § 1584 Abs. 2. überhaupt nicht in Frage kommen. Da[88]) der § 1584 nicht auf § 534 B.G.B. Bezug genommen hat, so wird man annehmen müssen, dass in diesem Falle der allgemeinen Regel zuwider auch solche Schenkungen dem Widerrufe unterliegen sollen, durch die einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen wurde.

In das Anwendungsgebiet des § 1345 fällt schliesslich die Vermögensauseinandersetzung. Sie vollzieht sich ebenfalls nach Scheidungsrecht, d.h. nach den Regeln des Güterstandes, der gegolten haben würde, wenn die Ehe gültig gewesen wäre, Der etwa geschlossene Ehevertrag gilt also als gültig. Haben die Ehegatten im gesetzlichen Güterstande der Verwaltung und Nutznies-sung gelebt, so ist der Mann nach § 1421 verpflichtet, das eingebrachte Gut der Frau herauszugeben und ihr über die Verwaltung Rechenschaft abzulegen. Die Frau wird also nicht auf die Einzelklage verwiesen, sondern kann die Herausgabe des eingebrachten Gutes als Einheit fordern.[89]) Die bis zur Vermögensauseinandersetzung gezogenen Nutzungen braucht der Mann nicht herauszugeben, denn die Ehe soll im Anwendungsfalle des § 1345 eben bis zum Zeitpunkte der Trennung in vermögensrechtlicher Beziehung als gültig behandelt werden. Auch seine Haftung gegenüber der Frau regelt sich nicht nach dem Auftrag, sondern nach § 1359, wo der Mann

[88]) Planck Anm. 1. zu § 1584.

[89]) de Boor S. 37; ebenso S. 49. ff dieser Arbeit: Dernburg S. 68 verlangt auch ohne Anwendung des § 1345 für beide Teile die Rückerstattung des eingebrachten Gutes als Einheit, analog nach den Regeln über Erbschaftsanspruch.

nur für diejenige Sorgfalt einstehen muss, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt.

Bei der Gütertrennung werden die Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung durch die Bestimmungen der §§ 1427 ff. ergänzt. Der Mann kann also nicht das zurückfordern, was er zur Bestreitung des ehelichen Aufwandes geleistet hat, ebenso nicht die Frau dasjenige, was sie zu diesem Zwecke dem Manne als angemessenen Beitrag aus den Einkünften ihres Vermögens und dem Ertrag ihrer Arbeit oder des von ihr selbständig betriebenen Erwerbsgeschäftes hingegeben hat.

Bei allgemeiner Gütergemeinschaft kann der gutgläubige Gatte nach § 1478 Abs. 1. verlangen, dass jedem Ehegatten der Wert desjenigen zurückerstattet wird, was er in die Gütergemeinschaft eingebracht hat; reicht der Wert des Gesamtguts nicht aus, so kann er Halbteilung des Gesamtguts verlangen.

Nach § 1549 gilt für die Fahrnisgemeinschaft dieselbe Vorschrift.

Für die Errungenschaftsgemeinschaft gelten im Falle der Auseinandersetzung gemäss § 1546 die Vorschriften der allgemeinen Gütergemeinschaft bezw. des Güterstandes der Verwaltung und Nutzniessung. Eine Anwendung des § 1478 ist mit dem Wesen der Errungenschaftsgemeinschaft unvereinbar.

Als Zeitpunkt für die Regelung der vermögensrechtlichen Beziehungen der Ehegatten untereinander hat das Gesetz die Zeit der Nichtigkeitserklärung festgelegt d.h. den Augenblick, in dem das Nichtigkeitsurteil rechtskräftig wird, oder die Zeit der Auflösung.

Schon aus den §§ 1329 und 1343 Abs. 2, folgt, dass das Recht des § 1345 während bestehender Ehe nicht geltend gemacht werden kann. Daraus, dass die Nichtigkeitserklärung der Ehe durch den Tod eines Ehegatten

nicht ausgeschlossen ist, sowie aus der rein vermögensrechtlichen Natur der Berechtigung geht hervor, dass das Recht aus § 1345 aktiv und passiv vererblich ist[90]). Wenn jedoch Opet[91]) den § 1584 als Ausnahme hiervon betrachtet wissen will, so beruht dieses, wie Thiesing[92]) hervorhebt, auf „einer irrigen Auffassung des Verhältnisses. Denn das Recht des § 1345 sei als solches verschieden von der Summe der aus ihm erwachsenen Ansprüche. Wenn einer dieser einzelnen Ansprüche auf Grund besonderer Vorschriften nicht mehr geltend gemacht werden könne, nachdem der Berechtigte oder der Verpflichtete verstorben sei, so habe das mit der Vererblichkeit des Rechts, dessen Ausübung erst die Grundlage für die Geltendmachung der einzelnen Ansprüche schaffe, nicht das Mindeste zu tun".

Der § 1345 gewährt jedoch nur das Recht, die einheitliche Beurteilung des gesamten vermögensrechtlichen Verhältnisses nach Scheidungsrecht zu beanspruchen[93]). Unrichtig ist die Auffassung von Mitteis[94]) wonach es sich um teilbare Angelegenheiten handle, d.h. um eine Reihe vereinzelter Ansprüche, von denen der Berechtigte die ihm vorteilhaften benutzen könne.

Ein Schadensersatzanspruch, der etwa nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 823 ff und 847 Abs. 1. für einen Ehegatten gegen den andern begründet ist, wird durch den § 1345 nicht berührt. Es können nämlich Fälle eintreten, in denen der § 1345 dem gutgläubigen Ehegatten keineswegs zu einer genügenden vermögensrechtlichen Entschädigung verhilft. Man denke nur an den Ersatz, den die gutgläubige Ehefrau für die aus-

[90]) vgl. Planck Anm. 3 zu 1345; Dernburg B. G. B. Bd. IV, S. 68
[91]) vgl. Opet Anm. 7 zu 1345.
[92]) Thiesing S. 193.
[93]) Thiesing S. 192.
[94]) Mitteis S. 13 Anm. 14. vgl. Opet Anm. 5 zu 1345.

sereheliche Beiwohnung beansprucht. Hier würde § 825 zur Ergänzung des § 1345 eingreifen. Auch in den Motiven[95]) ist eine derartige Ergänzung des § 1345 berücksichtigt.

Die aus den in §§ 1356 und 1357 enthaltenen persönlichen Rechten und Pflichten entstandenen vermögensrechtlichen Folgen werden ebenfalls im Falle der Anwendung des § 1345 nach den Regeln des Scheidungsrechts beurteilt. Die Frau hat deshalb wegen der geleisteten Arbeiten keine Ansprüche gegen ihren Mann. Die von der Frau im Rahmen der Schlüsselgewalt vorgenommenen Rechtsgeschäfte sind im internen Verhältnis nach § 1357 zu beurteilen. Ferner tritt für beide Ehegatten die beschränkte Haftung nach § 1359 ein. Die praesumptio Muciana gilt in dem im § 1362 Abs. 2. gegebenen Umfange.

Die Verjährung sämtlicher beiderseitigen Ansprüche ist nach § 204 S. 1. zu beurteilen; die Verjährung ist also gehemmt, solange die Ehe besteht d.h. von der Eheschliessung bis zur Nichtigkeitserklärung[96]).

Eine interessante Frage wirft Mitteis[97]) auf, falls nämlich die Ehe durch Scheidung aufgelöst ist und der allein für schuldig erklärte Ehegatte im Hinblick auf die Nichtigkeit der geschiedenen Ehe der allein gutgläubige Teil war. Kann hier der § 1345 zur Anwendung kommen? Mitteis wählt folgendes Beispiel:

„Angenommen die Ehe sei nichtig gewesen und der Mann, nicht aber die Frau habe dies bei der Eheschliessung gewusst. Später wird diese Scheinehe wegen Ehebruchs der Frau geschieden. Nach der Scheidung wird die Nichtigkeit der Ehe ausgesprochen und die Frau

[95]) vgl. Mot. IV. S. 71; siehe de Boor S. 17 unter Hinweis auf § 487 Abs. 2 B. G. B.

[96]) Opet S. 81; vgl. Neumann B. G. B. II. Bd. Berlin 1905 S. 39.

[97]) Mitteis S. 9 ff.

ist gleichzeitig in der Lage, die mala fides ihres Mannes festzustellen". Mitteis beruft sich auf das Bestreben des Gesetzgebers im § 1345 den gutgläubigen Ehegatten gegen die reinen Nichtigkeitsfolgen zu schützen und folgert hieraus, dass, wenn der Gedanke des Gesetzes dahin gehe, dem gutgläubigen Ehegatten zu gewähren, was er bei gültiger Ehe haben würde, der Sinn des Gesetzes verletzt werde, wenn ihm auch dasjenige gegeben würde, worauf er sich, gerade die Gültigkeit der Ehe vorausgesetzt, den Anspruch durch eigenes Verschulden verscherzt haben würde. Er kommt zu dem Schluss, dass der Ehegatte, der während des Scheinbestandes der Ehe im Scheidungsurteil für allein schuldig erklärt worden ist, einen Unterhaltsanspruch auch nachträglich nicht zurückgewinnen kann, denn gerade dann, wenn die geschiedene Ehe vorher gültig gewesen wäre, hätte er ihn auch nicht gehabt. Er verkennt allerdings nicht, dass grundsätzlich das Scheidungsurteil gegenstandslos sei und der Anwendung des § 1345 nichts im Wege stehe. Das Scheidungsurteil sei hier nur als eine Fiktion des Gesetzes zu betrachten, um gerade diesen Gedanken auszudrücken. Mit Hülfe dieser Fiktion und aus Billigkeitsrücksichten wolle das Gesetz bei den Einzelentscheidungen die Wirkungen des § 1345 ausschliessen, falls der sich darauf berufende Teil dadurch günstiger gestellt würde, als es bei der Gültigkeit der Ehe der Fall gewesen sei. Zum Beweise hierfür beruft er sich auf den Fall, wo Jemand bei Ungültigkeit des Vertrages gegenüber dem andern Teil den Anspruch auf Schadloshaltung besitzt, wie im Falle der §§ 122, 179 und 307 B.G.B. „Auch hier könne der gutgläubige Teil einen Schaden nicht liquidieren, den er bei Gültigkeit des Vertrages infolge eignenen Verschuldens auch erleiden würde. Mitteis wählt folgendes Beispiel. „Gesetzt bei einem vermögensrecht-

lichen Vertrag hat der nicht irrende A die Vertragskosten übernommen, sich aber dann die Erfüllung selbst unmöglich gemacht; ohne letzteres zu wissen ficht der im Irrtum befindlich gewesene B an— kann jetzt A Ersatz der Vertragskosten verlangen? Unmöglich! Da hätte ja B durch die Anfechtung sich schlechter gestellt, als er ohne dieselbe stehen würde und könnte am Ende noch seine Anfechtung selbst wieder anfechten". Aus diesem Grunde spricht er in seinem obigen Beispiel der Ehebrecherin mit Recht den Unterhaltsanspruch ab.

Bei der Behandlung des ehelichen Güterstandes kommt Mitteis in der Behandlung seiner Frage zu einer verschiedenen Lösung. Für den Fall der allgemeinen Gütergemeinschaft oder Fahrnisgemeinschaft ergibt sich folgendes:

1)hat der bösgläubige, an der Scheidung unschuldige Mann nach der Scheidung gemäss § 1478 Rückerstattung des Wertes seines Eingebrachten gefordert, und die Frau sich auf §§ 1345 und 1478 berufen und Teilung des Gesamtguts nach § 1471 ff. verlangt, so ist der Frau aus obigen Gründen die Anwendung des § 1345 versagt;

2) falls jedoch der Mann auf Grund des § 1478 die Auseinandersetzung des Gesamtguts nach §§1471 ff verlangt, dann kann die Frau auf Grund des § 1345 verlangen, dass ihr das von ihr eingebrachte Vermögen nach § 1478 zurückerstattet wird[98]).

Auch der Zeitpunkt, der für die Auflösung des Güterstandes zu Grunde zu legen war, wird durch den § 1345 nach vorwärts verschoben[99]) Die Scheidung verlangt für den Tag der Auseinandersetzung den Tag der Rechts-

[98]) vgl. Staudinger in s. Komm. IV. Bd. 1907 S. 115, 4c; er lässt die Frau mit ihren Ansprüchen aus § 1478 durchdringen. Die scharfe Unterscheidung zwischen § 1478 und § 1471, die hier fehlt, entspricht jedoch mehr dem Sinne des Gesetzes.

[99]) Mitteis S. 16 ff.

kraft des Scheidungsurteils. Nach § 1345 kann dagegen der gutgläubige Gatte hierfür den Tag der Nichtigkeitserklärung verlangen. Mitteis führt ein Beispiel an: Der Mann ist an der Scheidung schuldig gewesen, während bezüglich der Nichtigkeit die Frau bösgläubig ist. Der Mann verliert nach § 1564 mit der Rechtskraft des Scheidungsurteils im gesetzlichen Güterstand die Verwaltung und Nutzniessung; nach § 1345 kann er verlangen, dass die Ehe erst mit der Nichtigkeitserklärung als geschieden anzusehen ist. Infolgedessen würde er für die Zwischenzeit die Früchte des eingebrachten Gutes verlangen. Dieses Recht zur Erhebung des Anspruchs müsse dem Mann versagt werden. Wenn auch das Scheidungsurteil mit der Nichtigkeitserklärung seine Wirkungen verliere, so bleibe doch der negative Effekt bestehen, dass nämlich vom Zeitpunkt seiner Rechtskraft die weiteren Wirkungen der Putativehe ausgeschlossen seien. Infolge der Scheidung bestehe nicht einmal mehr äusserlich eine Ehe, es sei daher unerhört, dem gutgläubigen Teil zu gestatten, nach der Scheidung beliebig spät mit der Nichtigkeitsbehauptung hervorzutreten und nach rückwärts hin vermögensrechtliche Ansprüche zu erheben.

Für den Widerruf von Schenkungen führt Mitteis in Anlehnung des Beispiels folgendes aus. Nach § 1584 kann der Ehegatte Schenkungen, die er dem allein für schuldig erklärten andern Ehegatten während des Brautstandes, oder während der Ehe gemacht hat, widerrufen. Hat nun der Mann zur Zeit, wo die Nichtigkeitserklärung erfolgte, das Geschenkte noch nicht infolge Widerrufs zurückerhalten, so steht ihm auch kein Rückforderungsrecht nach § 1584 zu, da die Voraussetzungen für diesen Paragraphen fehlen, weil die Scheidung sich nämlich als gegenstandslos darstellt. Die Frau bleibt also im Be-

sitze ihres Geschenkes, was für den Schenker keine Härte bedeutet, da er von vornherein wusste, dass er nicht seine Braut oder Frau beschenkt hat.

Die Rückforderung aus besonderen Gründen z. B. wegen groben Undanks wird hierdurch natürlich nicht berührt.

War jedoch das Geschenk bereits zurückgegeben und verlangt die bezüglich der Nichtigkeit gutgläubige Ehebrecherin dasselbe zurück, so kann der § 1345 deshalb nicht eingreifen, weil dann keine Schenkung vorliegt. Nur durch eine condictio indebiti kann sie das auf Grund des vermeindlichen Widerrufsrechts herausgegebene Geschenk zurückverlangen.

Mitteis kommt also zu dem Ergebnis, dass eine Schenkung an den gutgläubigen Ehegatten in dem besprochenen Falle stets gültig bleibt, jedoch nicht auf Grund des § 1345, sondern weil die Scheidung als nicht vorhanden gilt, und darum das Widerrufsrecht aus § 1584 gar nicht gegeben ist.

Entgegengesetzter Ansicht ist in diesem Falle Thiesing[100]). Er stützt sich allein auf das Scheidungsurteil, das, sobald die Ehe nichtig sei, jeder Bedeutung entbehre. Die Folgen des Scheidungsurteils fielen fort, sobald die Ehe für nichtig erklärt sei. Die Vorschriften über nichtige Ehen seien allein massgebend, so dass nur der bezüglich der Nichtigkeit der Ehe allein gutgläubige gemäss § 1345 die Ansprüche des unschuldig geschiedenen Gatten habe.

Die Gründe der Billigkeit, auf die Mitteis sich stützt, entsprechen jedoch mehr dem Sinne des Gesetzes. Denn wenn irgendwo, so ist gerade dieser Fall dazu angetan, von dem das Gesetz durchziehenden Billigkeitsprinzip berücksichtigt zu werden.

[100]) Thiesing S. 194.

§ 8.

Der § 1345 im Verhältnis zum § 1346.

Nun steht aber dem § 1345 noch der § 1346 zur Seite, der die Fälle enthält, welche die Anfechtbarkeit der Ehe begründen, nämlich Drohung und Irrtum. Es fragt sich, in welchem Verhältnis diese beiden Paragraphen zu einander stehen? Sie unterscheiden sich dadurch, dass das Wahlrecht im Falle des § 1345 nur bei Kenntnis des Wahlberechtigten von der Nichtigkeit bezw. Anfechtbarkeit versagt wird, während der § 1346 S. 2. das Wahlrecht bereits bei fahrlässiger Unkenntnis des gegnerischen Irrtums ausschliesst.

Ausserdem steht das Wahlrecht bei Anwendung des § 1345 dem Anfechtungskläger selbst zu, während der § 1346 S. 2. dieses dem Anfechtungsgegner zuspricht.

Abweichend von dem Wortlaut des § 1345 spricht der § 1346 nicht von der Auflösung der nichtigen Ehe, sondern nur von ihrer Nichtigkeitserklärung. Opet [101]) will für den § 1346 im Falle der Auflösung der Ehe die Alternativermächtigung gänzlich beseitigen. Staudinger[102]) teilt zwar auch die Auffassung, dass der § 1346 in diesem Falle nicht anwendbar sei, er will dann jedoch wieder „die Regelvorschrift des § 1345 Platz greifen lassen".

Thiesing[103]) hält jedoch diese Wortinterpretation für für „unrichtig und dem Sinne des Gesetzes widersprechend". Er stellt die Fälle der Auflösung und Nichtigkeitserklärung völlig gleich und beruft sich hierfür auf ihre Entstehungsgeschichte. In dem § 1270 des ersten Entwurfs und § 1252 des zweiten Entwurfs sei kein Unterschied zwischen Auflösung und Nichtigkeitserklärung

[101]) Opet Anm. 6 zu § 1346.
[102]) Staudinger Anm. 4 zu 1346.
[103]) Thiesing S. 195.

gemacht. Auch die Protokolle[104]) ergäben nicht den mindesten Anlass, dass ein solcher Unterschied beabsichtigt gewesen sei. Schliesslich sei noch wegen Gleichheit des Grundes eine analoge Anwendung gerade hier am Platze.

Zweifellos enthält aber der § 1345 die Regel, von ihm werden zunächst sämtliche Nichtigkeitsfälle (§ 1324 Abs. 1. und §§ 1325-1328) beherrscht[105]), nicht dagegen vom § 1346, der in „bewusster Weise" als Ausnahme auftritt. Der § 1346 sei deshalb vom Gesetz eingefügt, um unbilligen Resultaten, die sich bei der regelmässigen Anwendung des § 1345 ergeben würden, vorzubeugen.

Von den Anfechtungsfällen unterstellt Weyl[106]) den § 1331 dem § 1345, den § 1335 bringt er mit § 1346 S. 1. und den § 1333 mit § 1346 S. 2. in „Fühlung". Ein Zweifel über den Anwendungsumfang des § 1345 und § 1346 erhebt sich nur bezüglich der §§ 1332 und 1334. Weyl stellt den § 1332 dem § 1333 vollkommen gleich. Er nimmt sowohl bezüglich der Unkenntnis des Ehegatten, dass es sich um eine Eheschliessung handle, als auch bezüglich des zweiten Tatbestandes, „dass er dies zwar gewusst hat, aber eine Erklärung, die Ehe eingehen zu wollen, nicht hat abgeben wollen", einen Irrtum an und rechnet die §§ 1332 und 1333 zu 1346[107]).

Ausführlicher spricht sich Weyl über die arglistige Täuschung im § 1334 aus. Er setzt den Fall voraus, dass ein Dritter die Täuschung verübt und somit die

[104]) Prot. IV. S. 5026.
[105]) vgl. Opet S. 52; Mot. 4 zu 1323.
[106]) Wyl. in Seufferts Blättern für Rechtsanwendung S. 567 ff.
[107]) Ebenso Mot. Bd. 4. S. 78; Prot. IV. S. 74 ff. und S. 93 Anm. 1; Engelmann S. 116 Not. 2; Matthiass S. 247 sub. 2b; Opet S. 82 Not. 3a; Schmidt S. 132 Not. 2; Unzner S. 83, Not. 2; Gerigk, Irrtum u. Betrug als Ehehindernisse, Breslau 1848 S. 76 behandelt beide Fälle als Irrtumsfälle; unter § 1345 rechnen sie Hachenburg S. 292; Jacobi S. 56; Mayer u. Reis S. 24 sub. 3a.

bona fides auf Seiten beider Ehegatten vorliege. Hier sei die Anwendung des § 1345 völlig unzulässig. Den § 1334 nun ohne weiteres in das Anwendungsgebiet des § 1346 Abs. 2. zu verweisen, lehnt er ebenfalls ab.

Er erblickt in der arglistigen Täuschung allerdings des Tatbestand des Irrtums. Auf der einen Seite liege Arglist, auf Seiten des andern Gatten ein „Sich Täuschen" also ein Irrtum vor. Sobald nun die Arglist bei dem einen Ehegatten wegfalle, falls ein Dritter die Täuschung verursacht habe, bleibe der Irrtum als „kritisches Tatbestandsmoment" übrig.

Trotzdem hält Weyl die Heranziehung des § 1346 für ausgeschlossen, aber nicht aus Gründen, die in diesem Paragraphen, als vielmehr im § 1334 selbst liegen. Denn die §§ 1346 und 1334 verneinten sich gegenseitig, da die Arglosigkeit des einen Ehegatten für die Anwendung des § 1334 zum Ausschlussgrunde und bei 1346 S. 2. zur Voraussetzung werde.

Es erstrecke sich jedoch die arglistige Täuschung aus § 1334 Abs. 1. S. 1. lediglich auf solche Umstände, welche zugleich unter § 1333 fallen, indem sie persönliche Eigenschaften des andern Ehegatten beträfen. Dies erhelle ausdrücklich der Abs. 2. des § 1334, der eine Anfechtung über Vermögensverhältnisse ausdrücklich versage. Im § 1333 greife aber bei beiderseitiger bona fides der Ehegatten § 1346 S. 2. ein, selbst wenn der Irrtum von einem Dritten erregt worden sei. Auf diesem Umwege komme man dennoch, trotz der grundsätzlichen Unanwendbarkeit der § 1345 ff, zur Anwendbarkeit des § 1346 S. 2. im Falle der Anfechtbarkeit der Ehe aus § 1334. Das Wahlrecht gebühre jedoch nicht dem von dem Dritten getäuschten, sondern dem andern Ehegatten. An der Hand des Beispiels (S. 571) kommt Weyl zu

dem Resultat: „Geht[108]) die Täuschung von dem einen Ehegatten aus und ist der andere gutgläubig, so erwirbt dieser Ehegatte das Anfechtungsrecht aus § 1334 und das Wahlrecht aus § 1345; wird die Täuschung dagegen durch einen Dritten hervorgerufen und sind beide Ehegatten bezüglich der Täuschung in bona fide, so gebührt dem getäuschten Ehegatten die Anfechtung, dagegen dem anderen das Wahlrecht aus § 1346 Abs. 2".

Im Falle der Drohung aus § 1346 S. 1. unterscheidet Weyl zunächst zwischen der Anwendbarkeit des regulären Wahlrechts aus § 1345 und der Person des Wahlberechtigten. Er beruft sich hierfür auf die Motive[109]) und auf die Denkschrift S. 262/263, welche die Tendenz dieser Ansicht erkennen liessen. Er hält eine solche Norm für durchaus geboten, weil der § 1345 zur Voraussetzung betreffs der fides eine ungleiche Rollenverteilung verlange, während dagegen bei der Anfechtung wegen Drohung, wenigstens bei der Bedrohung durch den andern Ehegatten eine Rollengleichheit vorliege. Daraus folge, dass es betreffs der fides der Beteiligten nicht blos auf die Tatsache der Zwangslage, sondern auch darauf ankomme, dass die Zwangslage einen Anfechtungsgrund bilde. Das Wahlrecht aus § 1345 bleibe somit dem Beklagten versagt, wenn er ausser der Zwangslage auch die Anfechtbarkeit der Ehe kennt, oder wenn der drohende Gatte allein nur die Zwangslage kennt, nicht aber hierin zugleich einen Anfechtungsgrund erblickt. Werde nun die Drohung durch einen Dritten verübt, so komme das Wahlrecht des Anfechtungsklägers in Fortfall, wenn der an-

---

[108]) Unbedingt stellen den § 1334 unter 1346 S. 2. Meyer u. Reis, dagegen stellen ihn Dernburg S. 61; Engelmann S. 116 Not. 3; Matthiass, Opet S. 82; Bocholl S. 75, Schmidt und Unzner unter § 1345; ebenso Thiesing S. 186.

[109]) Mot. Bd. IV. S. 102.

dere Ehegatte entweder gar nichts von der Drohung gemerkt oder wenigstens von der Anfechtbarkeit der Ehe nichts gewusst habe.

In dem Falle, wo der anfechtungsbeklagte Ehegatte von der Drohung überhaupt nichts gewusst habe, springe das Wahlrecht aus § 1345 auf ihn über unter der Voraussetzung, dass der bedrohte Ehegatte von der Anfechtbarkeit der Ehe Kenntnis habe. „Denn nunmehr sei der normale Tatbestand wiederhergestellt, den § 1345 Abs. 1. zum Ausgangspunkt des ganzen Rechtsinstituts dieser Wahlbefugnis macht". Aanalog dem § 1346 S. 2. müsse sich derjenige, welcher sich einschüchtern liess, ebenso gut wie derjenige, welcher sich auf seine Gefahr irrte, die Stellung als geschiedener und für schuldig erklärter Gatte gefallen lassen, zumal der andere Gatte zu der Zwangslage nicht das Mindeste beigetragen habe.

Auch wenn der Anfechtungsbeklagte — unter gleicher Voraussetzung der Kenntnis der Anfechtbarkeit der Ehe auf Seiten des Anfechtungsklägers — zwar nicht die Anfechtbarkeit der Ehe, wohl aber die Zwangslage kannte, gewährt Weyl dem Anfechtungsbeklagten das Wahlrecht.

Dem Einwand, dass der Anfechtungsbeklagte sich doch wegen Kenntnis der Zwangslage, in „einer moralisch tadelnswerten Position" befinde, hält Weyl mit Recht entgegen, dass „die sogar auf die Anfechtbarkeit der Ehe bezügliche Kenntnis des Anfechtungsgrundes einen stärkeren Grad von mala fides repräsentiere", denn er hätte sich dieser Zwangslage widersetzen können.

Das ganze Wahlrecht bleibe daher ausser Anwendung:

1) wenn beide Parteien ausser der Zwangslage zugleich auch die Anfechtbarkeit kannten (mala fides auf beiden Seiten),

2) wenn beiden Parteien nur die Zwangslage, da-

gegen nicht die Anfechtungbarkeit bekannt war (bona fides auf beiden Seiten),

3) wenn die durch einen Dritten hervorgerufene Zwangslage zwar dem Anfechtungskläger, nicht aber dem Anfechtungsbeklagten bekannt war (ebenfalls bona fides auf beiden Seiten).

Thiesing[110]) leugnet diese Auffassung, denn er will den Bedrohten stets als gutgläubig behandelt wissen. Dieser Auffassung ist jedoch entgegenzuhalten, dass der Bedrohte, falls er zugleich die Nichtigkeit der Ehe kannte und sich trotzdem der Zwangslage nicht widersetzte, dolos gehandelt hat und infolgedessen nicht als gutgläubiger Teil behandelt werden kann.

Zum Schluss erörtert Weyl noch die Frage, ob im Falle des § 1346 S. 2. die Kenntnis oder die fahrlässige Nichtkenntnis des Anfechtungsbeklagten vom Irrtum des Anfechtungsklägers letzterem das Wahlrecht zurückgewinnt, oder ob es gänzlich ausfällt. In diesem Falle sei als Ausnahme von der Ausnahme wieder die Rückkehr zur Regel des § 1345 geboten.

Das Wahlrecht erlösche daher bei beiderseitiger Gutgläubigkeit bezüglich der Anfechtbarkeit der Ehe. Diese liege aber stets vor beim blossen Kennenmüssen. Liege aber in der Kenntnis des Irrtums auch zugleich die Kenntnis der Anfechtbarkeit der Ehe, so trete wieder die Rollenverschiedenheit und somit auch das Wahlrecht für den Anfechtungskläger ein.

Im Falle der Wiederverheiratung nach erfolgter Todeserklärung komme lediglich die Anwendungsmöglichkeit des § 1345 in Frage. War die Ehe gemäss § 1348 Abs. 1. nichtig, so wird es regelmässig bei den Folgen der Nichtigkeit bleiben und die Anwendung des § 1345 wegfallen. Dies ist jedoch nicht notwendig der Fall, son-

[110]) Thiesing S. 189 u. 184 Anm. 11.

dern nur dann, wenn beide Teile ausser dem Fortleben des Verschollenen zugleich auch die Nichtigkeit der Ehe gekannt haben. Nur wenn einem Ehegatten die rechtliche Bedeutung dieser Kenntnis für den Bestand der Ehe nicht bewusst gewesen ist, liegen die Erfordernisse des § 1345 vor, nämlich Gutgläubigkeit bei dem einen und Bösgläubigkeit bei dem andern Ehegatten.

Bei blosser Anfechtbarkeit aus § 1350 sei dagegen die Anwendbarkeit des § 1345 viel leichter denkbar. Das Wahlrecht steht entweder dem wiederverheirateten oder dem neuen Gatten zu. Wenn der neue Gatte die Ehe anficht, so kann er, wenn der Ehegatte der früheren Ehe das Fortleben der Verschollenen, gleichzeitig aber auch die hierin begründete Anfechtbarkeit der Ehe kannte, das Wahlrecht aus § 1345 ausüben. Nun bestimmt aber der § 1351, dass wenn der Ehegatte der früheren Ehe Anfechtungskläger ist, er dem andern Ehegatten Unterhalt zu gewähren hat, wenn dieser bei der Eheschliessung von dem Leben des für tot erklärten Ehegatten keine Kenntnis hatte. Da dieser Paragraph jedoch nur über die Unterhaltspflicht Bestimmungen trifft, so fragt es sich, ob nicht der Berechtigte auch wegen sonstiger vermögensrechtlicher Beziehungen aus § 1345 Ansprüche erheben kann. Sind beide Teile notwendig als gutgläubig zu denken — der Ehegatte der früheren Ehe als Anfechtungskläger (§ 1350 Absatz 1), der Anfechtungsbeklagte wegen Voraussetzung des §§ 1351 — so ist wegen Mangel an ungleicher Rollenverteilung die Anwendungsmöglichkeit aus § 1345 ausgeschlossen.

Weyl[111]) spricht jedoch dem Ehegatten der früheren Ehe als Anfechtungskläger das Wahlrecht zu für den Fall, dass der Anfechtungsbeklagte einmal sich entgegen

[111]) Weyl. in Seuffarts Blättern S. 614.

dem Tatbestande des § 1351 in Kenntnis vom Fortleben des Verschollenen und ausserdem gemäss § 1345 in Kenntnis von der Anfechtbarkeit der Ehe befunden hat.

Das ist offenbar zu weit gegangen, denn der im § 1345 zugesicherte Unterhaltsanspruch erlischt nach § 1581 mit der Wiederverheiratung. Der Wiederverheiratung im Scheidungsfalle entspricht aber ein Fortbestehen der ersten Ehe, falls beim Fortleben des ersten Gatten die Ehe mit Erfolg angefochten ,ist[112]). Der § 1581 spricht jedoch nur vom Unterhaltsanspruch, ohne die anderen vermögensrechtlichen Ansprüche, die das Wahlrecht aus § 1345 noch gewähren, zu berücksichtigen. Deshalb ist insoweit Weyl beizupflichten, als es sich nicht um den Unterhaltungsanspruch aus § 1345 handelt, der ja durch die positive Gesetzesvorschrift aus § 1581 vernichtet ist. M.a.W. in allen andern vermögensrechtlichen Beziehungen ist dem Ehegatten der früheren Ehe unter den oben erwähnten Voraussetzungen das Wahlrecht aus § 1345 zu gewähren, da ja bezüglich der fides die erforderliche ungleichartige Rollenverteilung vorliegt.

Aus dieser vergleichenden Darstellung hat sich ergeben, dass die Tatbestandsmerkmale der gemeinrechtlichen Putativehe in den Voraussetzungen und ihren Wirkungen als ipso jure eintretenden Folgen der Voraussetzung liegen. Voraussetzung der Putativehe ist die Gutgläubigkeit, ihr Erfolg ist: Wirkungen einer gültigen Ehe vor ihrer Auflösung und Nachwirkungen einer bisher gültigen aber geschiedenen Ehe.

Im Falle der Anwendung des § 1345 liegt also ebenfalls, wenn auch im beschränkten Masse, der Begriff der Putativehe vor. Jedoch ist zunächst eine Beschränkung sowohl in der erforderlichen Gutgläubigkeit, wie auch in

[112]) vgl. Hollweck S. 207; Engelmann S. 124 sub 2; Unzner S. 91 Not. 2; Schmidt S. 141 Not. 1b; Achilles S. 517. Prot. IV. S. 534 ff.

dem Umfange der Wirkungen zu erblicken. Ferner ist das Vorhandensein der Putativehe nicht ipso jure durch die Gutgläubigkeit bedingt, sondern von der Wahl des Berechtigten abhängig gemacht. Ist diese aber erfolgt, so soll die Ehe in vermögensrechtlicher Beziehung so behandelt werden, als wenn sie zur Zeit der Nichtigkeitserklärung oder Auflösung geschieden und der Ehegatte, dem die Nichtigkeit bekannt war, für allein schuldig erklärt worden wäre. M. a.W. es soll das Nichtigkeitsurteil, welches an sich deklaratorischer Natur ist, insoweit einem Scheidungsurteil gleichgeachtet werden, als vermögensrechtliche Beziehungen der Ehegatten unter einander in Frage stehen. In dieser Beziehung hat dann auch vor ihrer Auflösung die nichtige Ehe materielle Gültigkeit gehabt, die allerdings erst nach Auflösung der Ehe infolge Ausübung des Wahlrechts und die dadurch bedingte Behandlung nach Scheidungsrecht als materiell gültige Ehe erkennbar wird.